

Relativiteit, causaliteit en toerekening van schade

© 2019, D.A. van der Kooij

Van dit proefschrift verschijnt een handelseditie in de serie Recht en Praktijk - Contracten- en Aansprakelijkheidsrecht onder nummer CA21 met ISBN 978 90 13 15542 6.

Behoudens uitzondering door de wet gesteld mag zonder schriftelijke toestemming van D.A. van der Kooij niets uit deze uitgave worden veeelvoudigd, 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.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16h t/m 16m Auteurswet jo. Besluit van 27 november 2002, Stb. 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoeding te voldoen.

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur en redacteur(en) geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor gevolgen hiervan.

Relativiteit, causaliteit en toerekening van schade

Een onderzoek naar de grenzen van contractuele en buiten-
contractuele aansprakelijkheid

Relativity, Causation and Remoteness of Damage

An exploration of the limits of contractual and tortious liability

Proefschrift

ter verkrijging van de graad van doctor aan de
Erasmus Universiteit Rotterdam
op gezag van de
rector magnificus

prof. dr. R.C.M.E. Engels

en volgens besluit van het College voor Promoties.
De openbare verdediging zal plaatsvinden op

vrijdag 6 december 2019 om 11.30 uur

door

Diederik Arnout van der Kooij
geboren te Nieuwegein

Promotiecommissie:

Promotor:

Prof. mr. S.D. Lindenberg

Overige leden:

Prof. mr. T. Hartlief

Prof. mr. W.H. van Boom

Prof. mr. H.N. Schelhaas

Copromotor:

Mr. dr. B.T.M. van der Wiel

Aan Marijke, Bette en Taeke

Voorwoord

In de loop van 2013 ontstond bij mij de gedachte dat het aardig zou zijn om, naast mijn werkzaamheden als advocaat, een proefschrift te schrijven. De grenzen van aansprakelijkheid, waarvan ik kort daarvoor enkele aspecten in een publicatie had behandeld, leken tot voldoende ondoorgrondelijke problemen aanleiding te geven om daaraan een onderzoek te wijden. Houthoff, mijn toenmalige en huidige werkgever, was bereid om hiervoor ruimte en ondersteuning te bieden. Siewert Lindenbergh vond ik bereid als promotor op te treden en mijn kantoorgenoot Bart van der Wiel, die mij had ingewijd in de cassatiepraktijk, om copromotor te zijn. In de jaren daarna heb ik steeds met veel plezier aan dit boek gewerkt. Niettemin ben ik blij dat het inmiddels gereed is.

Dank ben ik verschuldigd aan allen die aan dit boek hebben bijgedragen. Houthoff dank ik voor het bieden van de mogelijkheid om dit proefschrift te schrijven. Siewert en Bart dank ik voor hun plezierige en deskundige begeleiding en de ruimte die zij mij boden om op verschillende fronten grotendeels mijn eigen koers te varen. Prof. mr. T. Hartlief, prof. mr. W.H. van Boom en prof. mr. H.N. Schelhaas dank ik voor hun bereidheid om in de promotiecommissie zitting te nemen en voor hun zinvolle commentaar op het manuscript. Mijn paranimfen, Philip Fruytier en Jacob Henriquez, dank ik voor alle gespreken die wij over in dit boek aan de orde gestelde onderwerpen hebben gehad en voor hun te verwachten bijstand bij de verdediging. Het secretariaat van de praktijkgroep Litigation & Arbitration, en Alies Jonker in het bijzonder, ben ik dankbaar voor het doornemen en corrigeren van vele conceptteksten. De staf van de bibliotheek bij Houthoff dank ik voor alle, soms moeilijk te verkrijgen, buitenlandse publicaties en boeken die zij voor mij hebben weten te bemachtigen. Ook ben ik dank verschuldigd aan de kantoorgenoten die insprongen in zaken omdat ik weer eens aan mijn proefschrift moest werken. Mijn ouders dank ik omdat zij mij van jongs af aan hebben gestimuleerd mij te ontwikkelen en mij het vertrouwen gaven om vooral zelf te onderzoeken hoe dingen in elkaar zitten. Mijn schoonouders dank ik voor alle onmisbare hulp tijdens de afgelopen jaren. De meeste dank gaat uit naar Marijke, Bette en Taeke. Zij hebben mij op geweldige wijze gesteund bij het schrijven van dit boek. Aan hen draag ik het boek op.

Bloemendaal/Amsterdam, september 2019

“The search for order is indistinguishable from the search for knowledge.”

- Peter Birks, *English Private Law*, Volume I (2000), p. xxxi–xxxii

“Private law is (...) the public repository of our most deeply embedded intuitions about justice and personal responsibility.”

- Ernest Weinrib, *The Idea of Private Law* (2012), p. 1

Verkorte inhoudsopgave

| | |
|---|------------|
| Lijst van afkortingen | XV |
| 1 Inleiding | 1 |
| DEEL I: VERKENNING EN VOORBEREIDING | 19 |
| 2 De rechtsontwikkeling vanaf eind negentiende eeuw | 21 |
| 3 Bestrijding onderscheid tussen relativiteit en toerekening | 73 |
| 4 Bestrijding heersende opvattingen over toerekening | 115 |
| DEEL II: INGANGSVOORWAARDEN | 159 |
| 5 Is de schadevergoedingsremedie aan de geschonden verplichting gekoppeld? | 161 |
| 6 Heeft de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis de schade veroorzaakt? | 187 |
| DEEL III: HET VEREISTE NORMATIEVE VERBAND | 221 |
| 7 Wanneer er wél een voldoende normatief verband is | 223 |
| 8 Grens I: schade beantwoordt niet aan het doel van de geschonden norm | 257 |
| 9 Grens II: aanwezigheid rechtmatig alternatief | 295 |
| 10 Grens III: niet door een ongeschreven norm beschermd belang | 325 |
| 11 Grens IV: verwezenlijking van een niet-vergroot risico | 343 |
| 12 Tussen fundering en begrenzing: resterende gevallen | 355 |
| DEEL IV: NADERE BEGRENZING VAN AANSPRAKELIJKHEID | 361 |
| 13 Doorkruising van een andere (verhaals)regeling | 363 |
| 14 Bijzondere omstandigheden aan de zijde van de gelaedeerde | 377 |
| DEEL V: BIJZONDERE VERRUIMING VAN AANSPRAKELIJKHEID | 383 |
| 15 Verplaatste schade | 385 |
| 16 Opzet en bewuste roekeloosheid van de laedens | 495 |
| DEEL VI: SLOT | 515 |
| 17 Samenvattende slotbeschouwing | 517 |
| 18 Summary | 535 |
| Literatuuroverzicht | 539 |
| Rechtspraakregister | 575 |
| Trefwoordenregister | 589 |
| Curriculum vitae | 593 |
| Publicatieoverzicht | 595 |

Inhoudsopgave

| | | |
|-----------------------|---|-----------|
| Voorwoord | | VII |
| Lijst van afkortingen | | XV |
| 1 | INLEIDING | 1 |
| 1.1 | Onderwerp en doel van het onderzoek | 1 |
| 1.2 | Plan van behandeling | 5 |
| 1.3 | Methode | 9 |
| 1.4 | Afbakening | 12 |
| 1.5 | Terminologie | 14 |
| | DEEL I: VERKENNING EN VOORBEREIDING | 19 |
| 2 | DE RECHTSONTWIKKELING VANAF EIND NEGENTIENDE EEUW | 21 |
| 2.1 | Inleiding | 21 |
| 2.2 | De regelingen in het burgerlijk wetboek van 1838 | 22 |
| 2.3 | Adequate veroorzaking | 28 |
| 2.4 | Causaliteitsleer of aansprakelijkheidsleer? | 37 |
| 2.5 | De relativiteitsleer en drie andere theorieën over begrenzing van aansprakelijkheid | 38 |
| 2.6 | Het driemanschapsontwerp voor het nieuwe burgerlijk wetboek | 48 |
| 2.7 | Redelijke toerekening | 54 |
| 2.8 | Vervolg van het wetgevingsproces en het gewijzigd ontwerp | 60 |
| 2.9 | Huidige positie van de Hoge Raad | 65 |
| 2.10 | Samenvatting | 67 |
| 3 | BESTRIJDING ONDERSCHIED TUSSEN RELATIVITEIT EN TOEREKENING | 73 |
| 3.1 | Inleiding | 73 |
| 3.2 | Enkele opvattingen in de literatuur | 75 |
| 3.3 | De redelijkheid in het relativiteitsvereiste... | 77 |
| 3.4 | ...en de met de norm beoogde bescherming in het toerekeningsvereiste | 103 |
| 3.5 | Onderscheid tussen relativiteit en toerekening? | 104 |
| 3.6 | De in dit boek gekozen benadering | 111 |
| 3.7 | Samenvatting | 111 |

| | | |
|----------|---|------------|
| 4 | BESTRIJDING HEERSENDE OPVATTINGEN OVER TOEREKENING | 115 |
| 4.1 | Inleiding | 115 |
| 4.2 | Nadere verkenning van de deelregelbenadering | 117 |
| 4.3 | De waarschijnlijkheid en voorzienbaarheid van de schade | 124 |
| 4.4 | De verwijderdheid van de schade | 135 |
| 4.5 | De aard van de aansprakelijkheid | 138 |
| 4.6 | De aard van de schade | 151 |
| 4.7 | De draagkracht van de laedens en de gelaedeerde | 153 |
| 4.8 | Samenvatting | 154 |
| | DEEL II: INGANGSVOORWAARDEN | 159 |
| 5 | IS DE SCHADEVERGOEDINGSREMEDIË AAN DE GESCHONDEN VERPLICHTING GEKOPPELD? | 161 |
| 5.1 | Inleiding | 161 |
| 5.2 | Contractuele verplichtingen | 162 |
| 5.3 | Buitencontractuele verplichtingen | 166 |
| 5.4 | Samenvatting | 185 |
| 6 | HEEFT DE AANSPRAKELIJKHEIDSCHEPPENDE GEBEURTENIS DE SCHADE VEROORZAAKT? | 187 |
| 6.1 | Inleiding | 187 |
| 6.2 | Causaliteit van de gehele daad of slechts van het normschendende element? | 188 |
| 6.3 | Is van belang hoe de laedens zou hebben gehandeld? | 208 |
| 6.4 | Samenvatting | 217 |
| | DEEL III: HET VEREISTE NORMATIEVE VERBAND | 221 |
| 7 | WANNEER ER WÉL EEN VOLDOENDE NORMATIEF VERBAND IS | 223 |
| 7.1 | Inleiding | 223 |
| 7.2 | De funderende betekenis van de beoogde bescherming | 224 |
| 7.3 | Onrechtmatige daad | 235 |
| 7.4 | Kwalitatieve aansprakelijkheid | 241 |
| 7.5 | Wanprestatie | 244 |
| 7.6 | Samenvatting | 254 |
| 8 | GRENS I: SCHADE BEANTWOORDT NIET AAN HET DOEL VAN DE GESCHONDEN NORM | 257 |
| 8.1 | Inleiding | 257 |
| 8.2 | Onrechtmatige daad: rechtvaardiging | 258 |
| 8.3 | Onrechtmatige daad: nuancering | 262 |
| 8.4 | Kwalitatieve aansprakelijkheid | 281 |
| 8.5 | Wanprestatie: criterium, rechtvaardiging en gevallen | 282 |
| 8.6 | Wanprestatie: verhouding tot de leer van Pothier | 287 |
| 8.7 | Meerwaarde ten opzichte van de andere grenzen | 292 |
| 8.8 | Samenvatting | 292 |
| 9 | GRENS II: AANWEZIGHEID RECHTMATIG ALTERNATIEF | 295 |
| 9.1 | Inleiding | 295 |

| | | |
|---|---|------------|
| 9.2 | Onrechtmatige daad: ontbreken vergunning en foutieve besluiten | 296 |
| 9.3 | Onrechtmatige daad: criterium, rechtvaardiging en gevallen | 308 |
| 9.4 | Wanprestatie | 318 |
| 9.5 | Verhouding tot de leer van Demogue-Besier en het leerstuk van hypothetische causaliteit | 320 |
| 9.6 | Meerwaarde ten opzichte van de andere grenzen | 321 |
| 9.7 | Samenvatting | 322 |
| 10 | GRENS III: NIET DOOR EEN ONGESCHREVEN NORM BESCHERMD BELANG | 325 |
| 10.1 | Inleiding | 325 |
| 10.2 | Onrechtmatige daad: criterium, rechtvaardiging en gevallen | 326 |
| 10.3 | Nuancering | 337 |
| 10.4 | Verhouding tot de leer Smits en de leer van de schuld aan de schade | 338 |
| 10.5 | Meerwaarde ten opzichte van de andere grenzen | 340 |
| 10.6 | Samenvatting | 341 |
| 11 | GRENS IV: VERWEZENLIJING VAN EEN NIET-VERGROOT RISICO | 343 |
| 11.1 | Inleiding | 343 |
| 11.2 | Criterium, rechtvaardiging en gevallen | 344 |
| 11.3 | Nuancering | 350 |
| 11.4 | Verhouding tot de oorspronkelijke Duitse leren van adequate veroorzaking | 351 |
| 11.5 | Meerwaarde ten opzichte van de andere grenzen | 353 |
| 11.6 | Samenvatting | 353 |
| 12 | TUSSEN FUNDERING EN BEGRENZING: RESTERENDE GEVALLEN | 355 |
| 12.1 | Inleiding | 355 |
| 12.2 | Wiarda's methode voor lastig liggende gevallen | 355 |
| 12.3 | Restcategorie met ongebruikelijke argumenten | 357 |
| 12.4 | Samenvatting | 360 |
| DEEL IV: NADERE BEGRENZING VAN AANSPRAKELIJKHEID | | 361 |
| 13 | DOORKRUISING VAN EEN ANDERE (VERHAALS)REGELING | 363 |
| 13.1 | Inleiding | 363 |
| 13.2 | Schade van de overheid; doorkruising publiekrecht | 364 |
| 13.3 | Afgeleide schade aandeelhouder; doorkruising vennootschapsrechtelijke rechtsorde | 369 |
| 13.4 | Afgeleide schade verzekeraar; doorkruising subrogatieregeling | 373 |
| 13.5 | Samenvatting | 375 |
| 14 | BIJZONDERE OMSTANDIGHEDEN AAN DE ZIJDE VAN DE GELAEDEERDE | 377 |
| 14.1 | Inleiding | 377 |
| 14.2 | De <i>in pari delicto</i> verkerende gelaedeerde | 378 |

| | | |
|--|--|-----|
| 14.3 | Schade in een niet-rechtmatig belang | 380 |
| 14.4 | Samenvatting | 381 |
| DEEL V: BIJZONDERE VERRUIMING VAN AANSPRAKELIJKHEID | | 383 |
| 15 | VERPLAATSTE SCHADE | 385 |
| 15.1 | Inleiding | 385 |
| 15.2 | Nadere verkenning van de problematiek van de verplaatste schade | 387 |
| 15.3 | Verplaatsing van aannemer naar opdrachtgever | 409 |
| 15.4 | Verplaatsing van opdrachtgever naar feitelijk belanghebbende | 415 |
| 15.5 | Verplaatsing van verhuurder naar huurder | 419 |
| 15.6 | Verplaatsing van kredietnemer naar kredietverlener | 429 |
| 15.7 | Verplaatsing van verkoper naar koper | 435 |
| 15.8 | De voorwaarden voor de aanspraak op vergoeding van verplaatste schade | 446 |
| 15.9 | De constructie van de aanspraak op vergoeding van verplaatste schade | 473 |
| 15.10 | Samenvatting | 490 |
| 16 | OPZET EN BEWUSTE ROEKeloosheid VAN DE LAEDENS | 495 |
| 16.1 | Inleiding | 495 |
| 16.2 | De begrippen opzet en bewuste roekeloosheid | 496 |
| 16.3 | Zelfstandige normschending vanwege het opzet of de bewuste roekeloosheid | 497 |
| 16.4 | Opzet en bewuste roekeloosheid en de grenzen aan aansprakelijkheid | 500 |
| 16.5 | Samenvatting | 512 |
| DEEL VI: SLOT | | 515 |
| 17 | SAMENVATTENDE SLOTBESCHOUWING | 517 |
| 18 | SUMMARY | 535 |
| | Literatuuroverzicht | 539 |
| | Rechtspraakregister | 575 |
| | Trefwoordenregister | 589 |
| | Curriculum vitae | 593 |
| | Publicatieoverzicht | 595 |

Lijst van afkortingen

| | |
|--------------------------|--|
| <i>A.</i> | <i>Atlantic Reporter</i> |
| <i>AA</i> | <i>Ars Aequi</i> |
| aant. | Aantekening |
| <i>AB</i> | <i>Rechtspraak Bestuursrecht</i> |
| ABRvS | Afdeling Bestuursrechtspraak Raad van State |
| <i>AC</i> | <i>Appeal Cases</i> |
| <i>AcP</i> | <i>Archiv für die civilistische Praxis</i> |
| AFM | Autoriteit Financiële Markten |
| <i>All ER</i> | <i>All England Law Reports</i> |
| App. Div. | Appellate Division |
| <i>Ariz. L. Rev.</i> | <i>Arizona Law Review</i> |
| art. | artikel |
| <i>A&V</i> | <i>Aansprakelijkheid en Verzekering</i> |
| <i>AV&S</i> | <i>Aansprakelijkheid, Verzekering en Schade</i> |
| Awb | Algemene wet bestuursrecht |
| <i>Bb</i> | <i>Nieuwsbrief Bedrijfsjuridische berichten</i> |
| <i>BeckRS</i> | <i>Beck-Rechtsprechung</i> |
| BGB | Bürgerliches Gesetzbuch |
| BGH | Bundesgerichtshof |
| <i>BGHSt</i> | <i>Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen</i> |
| <i>BGHZ</i> | <i>Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen</i> |
| <i>BIE</i> | <i>Berichten Industriële Eigendom</i> |
| <i>BR</i> | <i>Bouwrecht</i> |
| BV | Besloten Vennootschap |
| BW | Burgerlijk Wetboek |
| <i>BWKJ</i> | <i>BW-Krant Jaarboek</i> |
| <i>Cal. L. Rev.</i> | <i>California Law Review</i> |
| <i>CBLJ</i> | <i>Canadian Business Law Journal</i> |
| CC | Code Civil |
| Ch | Chancery Division |
| <i>Chi.-Kent L. Rev.</i> | <i>Chicago-Kent Law Review</i> |
| CISG | United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods |
| <i>CLJ</i> | <i>Cambridge Law Journal</i> |
| <i>Colum. L. Rev.</i> | <i>Columbia Law Review</i> |
| Co. | Company |

| | |
|-----------------------|--|
| c.q. | casu quo |
| DCFR | Draft Common Frame of Reference |
| diss. | dissertatie |
| DNB | De Nederlandsche Bank |
| e.a. | en anderen |
| e.v. | en volgende(n) |
| ECLI | European Case Law Identifier |
| Ex | Exchequer Court |
| <i>F.3d</i> | <i>Federal Reporter, 3rd Series</i> |
| Fed. Cir. | United States Court of Appeals for the Federal Circuit |
| <i>Ga.</i> | <i>Georgia Reports</i> |
| GS | Groene Serie |
| <i>Gst.</i> | <i>De Gemeentestem</i> |
| Gw | Grondwet |
| Hab. | Habilitatiosschrift |
| <i>Harv. L. Rev.</i> | <i>Harvard Law Review</i> |
| Hof | Gerechtshof |
| HR | Hoge Raad der Nederlanden |
| Inv. | Invoeringswet |
| <i>Iowa L. Rev.</i> | <i>Iowa Law Review</i> |
| <i>JA</i> | <i>Jurisprudentie Aansprakelijkheid</i> |
| <i>JB</i> | <i>Jurisprudentie Bestuursrecht</i> |
| <i>JBPr</i> | <i>Jurisprudentie Burgerlijk procesrecht</i> |
| <i>J. Legal Stud.</i> | <i>Journal of Legal Studies</i> |
| <i>JOR</i> | <i>Jurisprudentie Onderneming & Recht</i> |
| <i>J. Philos.</i> | <i>Journal of Philosophy</i> |
| <i>Jura</i> | <i>Juristische Ausbildung</i> |
| <i>JW</i> | <i>Juristische Wochenschrift</i> |
| <i>JZ</i> | <i>JuristenZeitung</i> |
| KB | King's Bench |
| Ktr. | Kantonrechter |
| <i>Law & Phil</i> | <i>Law and Philosophy</i> |
| LJ | Lord Justice |
| Ltd. | Limited |
| <i>LQR</i> | <i>Law Quarterly Review</i> |
| <i>Mich. L. Rev.</i> | <i>Michigan Law Review</i> |
| m.nt. | met annotatie |
| <i>Mo. L. Rev.</i> | <i>Missouri Law Review</i> |
| Mon. | Monografie |
| M.v.A. | Memorie van Antwoord |
| M.v.T. | Memorie van Toelichting |
| M.O. | Mondeling Overleg |
| <i>MvV</i> | <i>Maandblad voor Vermogensrecht</i> |
| <i>NALL</i> | <i>Netherlands Administrative Law Library</i> |
| <i>N.C. L. Rev.</i> | <i>The North Carolina Law Review</i> |
| <i>NJ</i> | <i>Nederlandse Jurisprudentie</i> |
| <i>NJB</i> | <i>Nederlands Juristenblad</i> |

| | |
|-----------------------------|---|
| <i>NJF</i> | <i>Nederlandse Jurisprudentie Feitenrechtspraak</i> |
| <i>NJL</i> | <i>New Jersey Law Reports</i> |
| <i>NJLP</i> | <i>Netherlands Journal of Legal Philosophy</i> |
| <i>NJV</i> | Nederlandse Juristen-Vereniging |
| <i>NJW</i> | <i>Neue Juristische Wochenschrift</i> |
| nr. | nummer(s) |
| <i>NTBR</i> | <i>Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht</i> |
| <i>NV</i> | Naamloze Vennootschap |
| <i>NW</i> | <i>North Western Reporter</i> |
| <i>NYS</i> | <i>West's New York Supplement</i> |
| <i>O&A</i> | <i>Overheid en Aansprakelijkheid</i> |
| <i>OGH</i> | Oberster Gerichtshof |
| <i>OLG</i> | Oberlandesgericht |
| <i>O. Inv.</i> | Ontwerp van Invoeringswet |
| <i>Okla.</i> | <i>Oklahoma Reports</i> |
| <i>o.m.</i> | onder meer |
| <i>O.M.</i> | Ontwerp Meijers |
| <i>Osgoode Hall L.J.</i> | <i>Osgoode Hall Law Journal</i> |
| <i>Oxford J. L. Studies</i> | <i>Oxford Journal of Legal Studies</i> |
| <i>p.</i> | pagina('s) |
| <i>Pa.</i> | <i>Pennsylvania State Reports</i> |
| <i>P.2d</i> | <i>Pacific Reporter, 2nd Series</i> |
| <i>Parl. Gesch.</i> | Parlementaire Geschiedenis |
| <i>PECL</i> | Principles of European Contract Law |
| <i>PETL</i> | Principles of European Tort Law |
| <i>PIV</i> | Personenschade Instituut van Verzekeraars |
| <i>RabelsZ</i> | <i>Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht</i> |
| <i>Rb.</i> | Rechtbank |
| <i>RCR</i> | <i>Rechtspraak Contractenrecht</i> |
| <i>RdW</i> | <i>Recht der Wirtschaft</i> |
| <i>red.</i> | redactie |
| <i>RG</i> | Reichsgericht |
| <i>RGZ</i> | <i>Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen</i> |
| <i>RvdW</i> | <i>Rechtspraak van de Week</i> |
| <i>rov.</i> | rechtsoverweging |
| <i>SA</i> | Société Anonyme |
| <i>San. D. L. Rev.</i> | <i>San Diego Law Review</i> |
| <i>SCR</i> | <i>Supreme Court Reports</i> |
| <i>SE</i> | <i>South Eastern Reporter</i> |
| <i>S&S</i> | <i>Schip en Schade</i> |
| <i>Stan. L. Rev.</i> | <i>Stanford Law Review</i> |
| <i>Sv</i> | Wetboek van Strafvordering |
| <i>Sw. L. Rev.</i> | <i>Southwestern Law Review</i> |
| <i>Texas L. Rev.</i> | <i>Texas Law Review</i> |
| <i>t/m</i> | tot en met |
| <i>T.M.</i> | Toelichting Meijers |

| | |
|----------------------------|---|
| <i>TMA</i> | <i>Tijdschrift voor Milieuschade en Aansprakelijkheidsrecht</i> |
| <i>Tort L. Rev.</i> | <i>Tort Law Review</i> |
| <i>TPR</i> | <i>Tijdschrift voor Privaatrecht</i> |
| <i>TVP</i> | <i>Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade</i> |
| UKHL | UK House of Lords |
| <i>UCLA L. Rev.</i> | <i>University of California Los Angeles Law Review</i> |
| UKPC | United Kingdom Privy Council |
| UvA | Universiteit van Amsterdam |
| <i>UTLJ</i> | <i>University of Toronto Law Journal</i> |
| v. | versus |
| <i>VA</i> | <i>Verzekerings-Archief</i> |
| <i>Vand. L. Rev.</i> | <i>Vanderbilt Law Review</i> |
| <i>VersR</i> | <i>Versicherungsrecht</i> |
| vgl. | vergelijk |
| <i>VR</i> | <i>Verkeersrecht</i> |
| VU | Vrije Universiteit |
| <i>VUWLR</i> | <i>Victoria University of Wellington Law Review</i> |
| V.V. | Voorlopig verslag van de vaste Commissie voor Justitie |
| <i>W</i> | <i>Weekblad van het Recht</i> |
| <i>Wake Forest L. Rev.</i> | <i>Wake Forest Law Review</i> |
| <i>Wash. U. L. Q.</i> | <i>Washington University Law Quarterly</i> |
| WWV | Wegenverkeerswet 1994 |
| <i>WPNR</i> | <i>Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie</i> |
| <i>Yale L.J.</i> | <i>Yale Law Journal</i> |

1.1 Onderwerp en doel van het onderzoek

1. Dit boek gaat over de omvang van de gehoudenheid tot schadevergoeding van degene die een onrechtmatige daad pleegt, uit hoofde van een kwaliteit aansprakelijk is, of tekortschiet in de nakoming van een verbintenis uit overeenkomst. Met het vaststellen van deze omvang zijn diverse leerstukken gemoeid. Ik behandel het deel van het recht waarop de relativiteitsleer, de leer van de schadetoerekening, en de leren van de aanvullende werking van buitencontractuele zorgvuldigheidsnormen betrekking hebben. Twee samenhangende problemen staan hier centraal. In de eerste plaats is de vraag *wie* aanspraak heeft op vergoeding van de door een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis veroorzaakte schade.

Ik geef enkele voorbeelden. Met een te hoog beladen vrachtwagen wordt een brug over een snelweg beschadigd. De snelweg wordt enkele dagen afgesloten, zodat de brug, waarvan instorting dreigde, kan worden hersteld. Strekt de vanwege de beschadiging van de brug gevestigde aansprakelijkheid zich ook uit tot de omzet die de exploitant van een nabijgelegen wegrestaurant door de wegafsluiting misloopt? Een gemeente verleent door een fout een vergunning voor de bouw van een restaurant een half jaar te laat. Heeft alleen de aanvrager aanspraak op schadevergoeding, of ook de aan de aanvrager gelieerde vennootschap die was opgericht om het restaurant te ontwikkelen en vervolgens te exploiteren? Is degene die wanprestatie pleegt door verkochte bouwmaterialen niet te leveren aan een aannemer, ook aansprakelijk tegenover de opdrachtgever van die aannemer voor wiens rekening de hogere kosten van het elders door de aannemer betrokken materiaal komen? Zijn zorgverzekeraars die welbewust in strijd met de regulering die beïnvloeding van artsen bij het voorschrijven van geneesmiddelen verbiedt, artsen stimuleren om goedkopere, merkloze medicijnen aan hun patiënten voor te schrijven, aansprakelijk tegenover geneesmiddelenfabrikanten die hierdoor, zoals door de zorgverzekeraars was voorzien, inkomsten derven?

In de tweede plaats is de vraag op vergoeding van *welke* door de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis veroorzaakte schade aanspraak bestaat.

Brengt de aansprakelijkheid voor het aanvaren van een schip ook mee dat de schade dient te worden vergoed die ontstaat, doordat ten gevolge van een staking de reparatie van het schip geen drie weken maar bijna drie maanden in beslag neemt? Dient degene die met zijn auto in aanrijding komt met een voertuig voor geld- en waardetransport, waardoor dat voertuig omslaat en

langs de weg belandt, ook de schade te vergoeden die ontstaat doordat een paar koffers met een waarde van enkele tonnen wordt weggenomen terwijl het voertuig langs de weg ligt? Is de whirlpoolhouder die nalaat maatregelen te nemen die in het belang van degenen die in een whirlpool gaan baden, bacteriegroei moeten voorkomen, aansprakelijk voor schade die ontstaat doordat bacteriën zich via de lucht verspreiden en zo bezoekers van een expositie ernstig ziek maken? Is degene die een perceel grond aan een projectontwikkelaar verkoopt en vervolgens te laat levert, aansprakelijk voor de boete die de projectontwikkelaar heeft verbeurd omdat hij de grond had doorverkocht en niet tijdig kon leveren? Op basis van een taxatierapport financiert een bank de aankoop van een vastgoedportefeuille. Een jaar later moet zij deze portefeuille executoriaal verkopen omdat de kredietnemer niet aan zijn verplichtingen voldoet. De opbrengst valt tegen, zowel omdat de taxateur de waarde van de portefeuille onzorgvuldig veel te hoog heeft vastgesteld als omdat na de taxatie de vastgoedmarkt is ingestort. Indien vaststaat dat de kredietnemer geen verhaal biedt en de bank bij een zorgvuldige taxatie geen financiering zou hebben verstrekt, is de taxateur dan aansprakelijk voor alleen de schade van de bank die bestaat uit het verschil tussen de getaxeerde waarde en de bij een zorgvuldige taxatie vastgestelde waarde, of ook voor de waardevermindering die de portefeuille sinds de taxatie door het instorten van de vastgoedmarkt heeft ondergaan?

De reden waarom ik dit terrein behandel, is dat daarop het nodige onduidelijk is.¹ Ik bespreek dit nu nader voor de drie genoemde leerstukken.

2. Nadat vorige eeuw de aanvankelijke debatten over de aanvaarding van de relativiteitsleer door de Hoge Raad in 1928 waren geluwd, hebben diverse auteurs erop gewezen dat het toepassen van deze leer aanmerkelijk méér meebracht dan het vaststellen van hetgeen feitelijk met de geschonden norm was beoogd en het aan de hand daarvan begrenzen van aansprakelijkheid. Köster noemde de in het driemanschapsonwerp voor boek 6 BW opgenomen relativiteitsbepaling een “*onvaste toverformule*”. Hij stelde voor om deze bepaling, tezamen met de bepaling waarin de leer van de adequate veroorzaking was neergelegd, te vervangen door een bepaling van redelijke toerekening.² Schoordijk schreef dat normen van zichzelf geen strekking hebben, maar wij normen een strekking geven.³ Nieuwenhuis was van mening dat een beroep op de strekking van de overtreden norm vaak niet meer is dan een toverspreuk “*er zij een konijn; en er was een konijn*”.⁴ Niettemin is de leer lang een relatief rustig bezit geweest. Daarin is inmiddels verandering gekomen. Naar aanleiding van deze eeuw door de Hoge Raad gewezen arresten wordt inmiddels breed onderkend dat het relativiteitsvereiste wordt gebruikt om verstrekkende keuzes over het wel of niet bestaan van aansprakelijkheid tot uitdrukking te laten komen⁵ zonder dat daarbij de werkelijke argumenten

1 Met vooral het toerekeningsprobleem hebben vele rechtsstelsels geworsteld (vgl. Honoré 1983, p. 3 e.v.). In de literatuur treft men opvallend gelijklopende verzuchtingen aan. Stapleton 1988, p. 111 schrijft: “*Those who delve more than superficially into the area may abandon the exercise in exasperation at the apparently intractable complexity of the subject-matter and principles involved*”, Kramer 1976, p. 338: “*Die Kausalitätsfrage im Recht* [hier wordt het toerekeningsprobleem bedoeld] *gleiche eher einem zu beschwörenden Geist als einem zu analysierende Konzept*” en Schut 1997, p. 71: “*Over het causaliteitsprobleem* [ook hier wordt met name het toerekeningsprobleem bedoeld] *zijn boekenkasten vol geschreven (...) Wie zich erin verdiept, dreigt al gauw alle grond onder zich te verliezen.*”

2 Köster 1963, p. 15, voetnoot 35.

3 Schoordijk 1979, p. 367.

4 Nieuwenhuis 1987a, p. 136.

5 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015, nr. 129.

worden genoemd, wat leidt tot onvoorspelbare uitkomsten.⁶ Köster, Schoordijk en Nieuwenhuis lijken in zekere zin gelijk te hebben gekregen. Aldus rijst de vraag: aan de hand van welke regels wordt aan een norm een bepaalde strekking gegeven?⁷

3. Toen de Hoge Raad in 1970 in *Waterwingebied Leeuwarden*⁸ omging en de leer van de adequate veroorzaking verliet voor de toerekening naar redelijkheid, was helder dat nadere regels voor deze schadetoerekening gevormd moesten worden.⁹ In het in 1972 verschenen proefschrift van Van Schellen¹⁰ zoekt men tevergeefs naar dit soort regels.¹¹ Nadien is er over schadetoerekening geen dissertatie meer verschenen. De door Brunner in 1981 naar voren gebrachte deelregelbenadering, die vrijwel uitsluitend is gebaseerd op jurisprudentie over buitencontractuele aansprakelijkheid, heeft in de doctrine een grote vlucht genomen.¹² De Hoge Raad lijkt deze benadering echter niet toe passen, en doet dat in ieder geval niet uitdrukkelijk. Veel houvast of inzicht biedt deze benadering niet.¹³ Brunner had zijn benadering ook bedoeld als tussenstation: in de rechtspraak zouden door toepassing van zijn benadering uiteindelijk, voor verschillende categorieën gevallen, houvastbiedende toerekeningsregels ontstaan.¹⁴ Van Schellen betoogde in 1985 dat noch het nieuwe burgerlijk wetboek noch de Hoge Raad erin geslaagd is voor de schadetoerekening een transparant systeem te ontwikkelen dat praktisch bruikbaar is.¹⁵ Boonekamp schreef in 2002 dat afgezien van de situaties waarin door de schending van een verkeers- of veiligheidsnorm persoonschade ontstaat, men niet kan zeggen dat voor verschillende gevaltypen tot duidelijke subregels is gekomen waarmee op basis van de factoren waar het werkelijk om gaat, een toerekeningsoordeel kan worden gegeven.¹⁶ Tjong Tjin Tai en Verstijlen spraken in 2008 van het nagenoeg onontgonnen gebied van de toerekening naar redelijkheid.¹⁷ Spier en Hartlief hebben Brunners benadering als achterhaald bestempeld.¹⁸ De vraag is: aan de hand van welke regels dient de door een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis veroorzaakte schade te worden toegerekend?

4. Sinds lange tijd is de heersende en door de Hoge Raad bevestigde leer, dat de schending van een wettelijke norm die niet strekt tot bescherming tegen de scha-

6 Verheij 2014, p. 95; Van Maanen 2013, p. 153 e.v.; Drion 2007, p. 1395; Lindenberg 2007a, p. 777 e.v.

7 De opvatting in het proefschrift van Den Hollander 2016, p. 327 dat het aansprakelijkheidsrecht geen uitsluitend biedt over hoever aansprakelijkheid reikt en elk relativiteitsoordeel in zoverre dus onvermijdelijk een arbitrair karakter heeft, acht ik onbevredigend terwijl bovendien wordt miskend dat, zoals ik in dit boek betoog, een grotere mate van zekerheid mogelijk is. De door Den Hollander verdedigde 'institutionele' opvatting laat zich naar mijn mening bovendien niet volhouden, zie nr. 272.

8 HR 20 maart 1970, *NJ* 1970/251 m.nt. G.J. Scholten (*Waterwingebied Leeuwarden*).

9 Dat was ook de opzet van Köster (§ 2.7.2) die vervolgens door de wetgever is onderschreven (§ 2.8.2).

10 Van Schellen 1972.

11 Vgl. over dit proefschrift Bloembergen 1973, p. 475 t/m 483 die mijns inziens terecht schrijft dat Van Schellen de materie onvoldoende heeft gesystematiseerd en de door hem ontwikkelde storingsleer als vervanger van de *condicio-sine-qua-non*-toets niets toevoegt.

12 Zie nader § 4.1.

13 In deze zin al Van Schellen 1985a, nr. 39.

14 Zie nader § 4.2.1.

15 Van Schellen 1985a, p. vii.

16 Boonekamp 2002, p. 41.

17 Tjong Tjin Tai & Verstijlen 2008, p. 2114.

18 Spier in zijn conclusie vóór HR 29 april 2011, *NJ* 2011/191 (*Bouwcombinatie BR-4/Liander*), § 3.42.1; Hartlief 2014, p. 2917. Zie nader § 4.2.2.

de zoals geleden, wél beslissend kan bijdragen aan het aannemen van een zorgvuldigheidsnorm die wel een dergelijke strekking heeft.¹⁹ Men spreekt van de correctie-Langemeijer. Ongeveer even lang wordt in de jurisprudentie eenzelfde fenomeen in het geval van wanprestatie onderkend: een contractsverhouding kan een schakel vormen in het rechtsverkeer zodat een contractspartij bij de uitvoering van de overeenkomst onder omstandigheden ook met verbonden belangen van anderen rekening dient te houden.²⁰ Gesproken wordt wel van de schakeljurisprudentie.²¹ Doorgaans draagt in deze gevallen het gegeven dat een contractuele verplichting is geschonden, beslissend bij aan het oordeel dat de schuldenaar zich tegenover de derde aan een zorgvuldigheidsnorm diende te houden. In de literatuur worden de correctie-Langemeijer en de schakeljurisprudentie merkwaardigerwijs niet met elkaar in verband gebracht.²² Niet alleen is sprake van eenzelfde fenomeen, opvallend is ook dat in beide gevallen niet buitengewoon helder is hoe het ‘bijdragen’ plaatsvindt en onder welke omstandigheden op die manier een aanvullende zorgvuldigheidsnorm kan worden aangenomen. Vranken schreef in 2006 dat de literatuur niet tot “*hanteerbare helderheid*” is gekomen ter zake van de correctie-Langemeijer.²³ In de rechtspraak en literatuur is voor de situatie van wanprestatie, verder dan bij de correctie-Langemeijer, uitgewerkt welke factoren van belang zijn om een aanvullende zorgvuldigheidsnorm aan te kunnen nemen.²⁴ Niettemin is het ondanks deze uitwerking veelal niet eenvoudig om in een concrete situatie waarin een schuldenaar toerekenbaar tekort is geschoten, te zeggen of de schuldenaar daarmee ook een jegens een derde in acht te nemen zorgvuldigheidsnorm heeft geschonden.²⁵ Hier is de vraag, aan de hand van welke regels bepaald dient te worden of zo’n aanvullende zorgvuldigheidsnorm kan worden aangenomen.

5. De reden waarom ik de drie hiervoor genoemde leerstukken tezamen behandel, is dat deze leerstukken duidelijk samenhangen, maar hun onderlinge verhouding onduidelijk en omstreden is. Lankhorst heeft in zijn dissertatie betoogd dat de schadetoerekening kan worden afgeschaft ten gunste van het relativiteitsvereiste.²⁶ Van Dunné is al lange tijd geharnast voorstander van het omgekeerde.²⁷ Köster²⁸ en Schoordijk²⁹ stonden samenvoeging van beide vereisten voor; meer recent heeft ook Verheij³⁰ daarvoor gepleit. Heersend lijkt nog te zijn de opvat-

19 HR 17 januari 1958, *NJ* 1961/568 (*Tandartsen I*) en zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015, nr. 138.

20 HR 3 mei 1946, *NJ* 1946/323 (*Staat/Degens*) en zie verder HR 24 september 2004, *NJ* 2008/587 m.nt. C.E. du Perron (*Vleesmeesters/Alog*) en HR 20 januari 2012, *NJ* 2012/59 (*Wierts/Visseren*). In HR 14 juli 2017, *NJ* 2017/364 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*X/Compaen*) oordeelde de Hoge Raad dat het beoordelingskader ook kan worden toegepast als geen sprake is van wanprestatie.

21 Zie bijvoorbeeld Tjong Tjin Tai in zijn annotatie bij HR 14 juli 2017, *NJ* 2017/364 (*X/Compaen*).

22 In zekere zin een uitzondering is Cahen 2004, p. 15, 16 die enige jurisprudentie over beide problemen in dezelfde paragraaf aan de orde laat komen.

23 Vranken in zijn annotatie bij HR 10 november 2006, *NJ* 2008/491 (*Astrazeneca/Amicon*). Sindsdien is de situatie mijns inziens niet veranderd.

24 Met name Du Perron 1999, p. 251 t/m 305 en Van Laarhoven 2006, p. 59 t/m 112.

25 Illustratief zijn de uiteenlopende visies van de Hoge Raad en advocaat-generaal Wissink op de casus van HR 20 januari 2012, *NJ* 2012/59 (*Wierts/Visseren*).

26 Lankhorst 1992a, p. 163 t/m 168.

27 Onder meer Van Dunné 2004, p. 257 t/m 273 en Van Dunné 2007, p. 140.

28 Köster 1963, p. 13.

29 Schoordijk 1995, p. 148.

30 Verheij 2014, p. 100 e.v. Vgl. ook Du Perron 2002, p. 35 die de beide vereisten vooral lijkt te zien als een middel om op grond van beleidsargumenten en een belangenafweging, met inachtneming van het gelijkheidsbeginsel, gemaakte keuzen tot uitdrukking te brengen.

ting dat het relativiteitsvereiste en de schadetoerekening zinvol naast elkaar bestaan,³¹ maar dat zij wel relevant voor elkaar zijn:³² “op welke wijze en in welke mate, dat zouden we moeten weten”, schreven Tjong Tjin Tai en Verstijlen daarover.³³ Verheij heeft verder betoogd dat de correctie-Langemeijer overbodig is omdat steeds door uitleg van de strekking van de geschonden norm een wenselijk resultaat kan worden bereikt.³⁴ Verder heeft de Hoge Raad een belangrijk dwarsverband tussen relativiteit en toerekening aangebracht: bij herhaling heeft hij geoordeeld dat de door een normschendende gedraging veroorzaakte schade toerekenbaar is omdat de norm juist strekt tot bescherming tegen deze schade.³⁵ Inmiddels heeft de Hoge Raad bovendien voor de schadetoerekening bij kwalitatieve aansprakelijkheid mede relevant geoordeeld de strekking van de kwalitatieve aansprakelijkheid waarop de aansprakelijkheid wordt gebaseerd, en ook aldus een verband gelegd tussen relativiteit en toerekening.³⁶ In het voetspoor van de wetsgeschiedenis is voorts in de literatuur aanvaard dat bij wanprestatie de relativiteitsgedachte via de toerekeningsleer tot uitdrukking kan worden gebracht.³⁷ In buitenlandse handboeken worden deze leerstukken tot slot ook tezamen behandeld.³⁸

6. Het doel van dit onderzoek is om op het te behandelen terrein meer inzicht te verkrijgen in de wijze waarop de omstandigheden van het geval van invloed zijn op de omvang van de aansprakelijkheid van degene die een toerekenbare onrechtmatige daad pleegt, een aansprakelijkheid meebrengende kwaliteit heeft, of toerekenbaar tekortschiet in de nakoming van een verbintenis uit overeenkomst. In dit proefschrift beoog ik deze materie te systematiseren en te laten zien aan de hand van welke regels op dit gebied onderscheid gemaakt dient te worden tussen de door een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis veroorzaakte schade die wel en die niet vergoed behoeft te worden. Tevens beoog ik op te helderen hoe de genoemde dogmatische categorieën zich tot elkaar verhouden.

1.2 Plan van behandeling

7. Dit boek bestaat uit zes delen. In het eerste deel geef ik enkele verkennende en voorbereidende beschouwingen. Dit deel begint met hoofdstuk 2 waarin ik op hoofdlijnen de ontwikkeling schets van het recht dat onderwerp is van dit boek, vanaf eind negentiende eeuw tot op heden. Hiermee wil ik inzichtelijk maken

31 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015, nr. 143.

32 Nieuwenhuis 1982, p. 480 e.v.; Drion 1987, p. 32; Lindenberg 2007a, p. 11, 12, 22; Drion 2008, p. 1635; Asser/Sieburgh 6-II 2017, nr. 65.

33 Tjong Tjin Tai & Verstijlen 2008, p. 2114.

34 Verheij 2014, p. 98.

35 Onder meer in: HR 18 december 1992, *NJ* 1994/91 m.nt. E.A.A. Luijten (*Dicky Trading I*); HR 1 juli 1993, *NJ* 1993/667 m.nt. P.A. Stein (*Nuts/Hofman*); HR 21 februari 1997, *NJ* 1999/145 m.nt. C.J.H. Brunner (*Wrongful-birth*); HR 27 februari 1998, *NJ* 1998/417 (*Misbruik door broer*); HR 16 juni 2000, *NJ* 2000/584 m.nt. C.J.H. Brunner (*Sint Willibrord/V*); HR 18 maart 2005, *NJ* 2006/606 m.nt. J.B.M. Vranken (*Baby Kelly*) en HR 5 juni 2009, *NJ* 2012/182 m.nt. J.B.M. Vranken (*De Treek/Dexia*). Zie nader: § 7.2.2.

36 HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278 (*X/NAM*), rov. 2.4.2.

37 Parl. Gesch. Boek 6, p. 341 (T.M.). Asser/Sieburgh 6-II 2017, nr. 70; Krans 1999, p. 146; Lankhorst 1992a, p. 39; Lankhorst 1992b, p. 87 t/m 98.

38 Zie bijvoorbeeld McGregor/Edelman 2018 en Lange & Schiemann 2003 die problemen van schadetoerekening en relativiteit tezamen behandelen voor contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid.

hoe de huidige dogmatische structuur en de in de wet neergelegde beslissende criteria historisch zijn gegroeid en welke wegen zijn afgesneden. Voorts geef ik in dit hoofdstuk op hoofdlijnen de huidige positie van de Hoge Raad weer. In hoofdstuk 3 behandel ik de vraag of het zinvol is onderscheid te maken tussen situaties waarin aansprakelijkheid met behulp van het relativiteitsvereiste wordt begrensd en situaties waarin dit gebeurt door middel van het toerekeningsvereiste. Ik zal betogen dat een dergelijk onderscheid niet zinvol gemaakt kan worden. Tevens bespreek ik de wijze waarop ik in dit boek zal behandelen hoe aansprakelijkheid door deze beide vereisten wordt begrensd. In hoofdstuk 4 bespreek ik de in de literatuur gehanteerde multifactorbenadering ter oplossing van het toerekeningsprobleem van art. 6:98 BW. Ik betoog dat deze benadering geen goede dienst bewijst bij het oplossen van dit toerekeningsprobleem en tevens bespreek ik diverse in deze benadering gelegde verbanden tussen omstandigheden van het geval en de toerekenbaarheid van schade.

8. In het tweede t/m het vijfde deel behandel ik vervolgens de op het behandelde terrein, naar mijn mening, te onderscheiden problemen bij de vaststelling van de omvang van aansprakelijkheid. In het tweede deel behandel ik twee ingangsvoorwaarden om de pleger van een toerekenbare onrechtmatige daad, een kwalitatief aansprakelijke of degene die wanprestatie pleegt, aansprakelijk te kunnen houden. In hoofdstuk 5 bespreek ik eerst de ingangsvoorwaarde of aan de geschonden norm – ongeacht de daarmee beoogde bescherming – überhaupt wel voor de gelaedeerde de schadevergoedingsremedie verbonden is. In onze literatuur is deze kwestie niet als zelfstandig vraagstuk bekend. In dit hoofdstuk zal ik twee grenzen aan aansprakelijkheid behandelen die in onze literatuur niet met elkaar in verband zijn gebracht, maar die nauw samen blijken te hangen. In beide gevallen is sprake van wat men een ‘interne’ norm zou kunnen noemen en staat degene die schade lijdt ten gevolge van de schending van die norm buiten de rechtsverhouding waarin zij geldt. Om die reden heeft diegene – ongeacht de met die norm beoogde bescherming – geen aanspraak op schadevergoeding. In de eerste plaats bespreek ik dat en waarom bij een contractuele verplichting – onafhankelijk van de met die verplichting beoogde bescherming – derden die geen partij zijn bij de overeenkomst aan die verplichting in beginsel geen aanspraken kunnen ontlenen. In de tweede plaats bespreek ik dat en waarom bij met name wettelijke verplichtingen die specifiek gelden voor een overheidsinstantie – onafhankelijk van de met zo’n verplichting beoogde bescherming – burgers aan die verplichtingen soms geen aanspraken kunnen ontlenen.

In hoofdstuk 6 behandel ik vervolgens de tweede ingangsvoorwaarde: heeft de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis de schade feitelijk veroorzaakt? Ik zal niet ingaan op de veelal in dit verband behandelde vragen ten aanzien van het bewijs van het causale verband of problemen van meervoudige (hypothetische) causaliteit. In plaats daarvan leg ik de focus op een tweetal bijzondere problemen bij de vaststelling van het *condicio-sine-qua-non*-verband in het geval van het normschendend doen. Beide problemen spelen in de situatie waarin de laedens zich op meerdere manieren conform de norm had kunnen gedragen, en bij het ene normconforme doen van de laedens de schade evenzeer zou zijn ontstaan, terwijl bij het andere normconforme doen van de laedens de schade niet zou zijn ontstaan. Beide problemen liggen op het snijvlak van causaliteit, relativiteit en scha-

detoerekening en zijn in de huidige Nederlandse literatuur enigszins onderbelicht gebleven. Ik behandel eerst de vraag of causaal verband dient te bestaan tussen het *gehele* normschendende doen en de schade of slechts tussen het *normschendende element* van dit doen en de schade. Deze vraag behoeft bespreking, omdat soms een bepaalde daad waarmee een norm is geschonden de schade wel heeft veroorzaakt, maar het gedeelte van de gedraging dat maakte dat de norm werd geschonden voor de schade geen causale betekenis heeft gehad. In dit verband laat ik ook aan de orde komen of bij de vaststelling van het causale verband relevant is of de laedens de schade rechtmatig *had kunnen* veroorzaken. Vervolgens behandel ik de vraag of bij het onderzoek naar wat zonder normschendend doen zou zijn gebeurd, na het wegdenken van dat doen, erbij mag worden gedacht hoe de laedens zich in plaats daarvan *zou hebben* gedragen.

9. In het derde deel behandel ik het probleem dat naar mijn mening centraal staat in zowel het relativiteitsvereiste als het toerekeningsvereiste: het normatieve verband dat vereist is tussen de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis en de daardoor veroorzaakte schade om een verplichting tot vergoeding van die schade aan te kunnen nemen. In hoofdstuk 7 beschrijf ik wanneer en waarom aan de hand van het doel van de geschonden norm of van de toepasselijke kwalitatieve aansprakelijkheid positief kan worden vastgesteld dat een toereikend normatief verband tussen de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis en de daardoor veroorzaakte schade aanwezig is. Voorts bespreek ik in dit hoofdstuk voor buitencontractuele en contractuele verplichtingen en voor diverse kwalitatieve aansprakelijkheden hoe het doel van de geschonden norm of van de kwalitatieve aansprakelijkheid gevonden kan worden. De meeste aandacht zal ik daarbij besteden aan de bepaling van het beschermingsdoel van contractuele normen, omdat dit in onze literatuur nauwelijks aandacht heeft gekregen.

In de hiernavolgende hoofdstukken 8 t/m 11 behandel ik een viertal grenzen aan aansprakelijkheid. Bij elk van deze grenzen is het verband tussen de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis en de daardoor veroorzaakte schade onvoldoende om een verplichting tot vergoeding van deze schade aan te kunnen nemen. In hoofdstuk 8 behandel ik de grens aan aansprakelijkheid in het geval de veroorzaakte schade niet beantwoordt aan het doel van de geschonden buitencontractuele of contractuele norm of het doel van de toepasselijke kwalitatieve aansprakelijkheid. In hoofdstuk 9 komt aan de orde de grens aan aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad en wanprestatie die bestaat ingeval de veroorzaakte schade op niet-relevant andere wijze rechtmatig toegebracht had kunnen worden. Ik zal betogen dat in diverse gevallen uit de omstandigheid dat dezelfde schade op een vergelijkbare, rechtmatige wijze kan worden toegebracht, kan worden afgeleid dat met de geschonden norm niet beoogd is te beschermen tegen de schade zoals geleden en dus geen aansprakelijkheid voor die schade dient te bestaan. In hoofdstuk 10 bespreek ik de grens aan aansprakelijkheid vanwege inbreuk op een recht en de schending van een wettelijke plicht in het geval geen norm van ongeschreven recht geldt die het geschade belang beschermt. Ik zal betogen dat de door zorgvuldigheidsnormen van ongeschreven recht geboden bescherming ook betekenis heeft voor de afbakening van de aansprakelijkheid vanwege een rechtsinbreuk of de schending van een wettelijke plicht. Hoofdstuk 11 is gewijd aan de grens aan aansprakelijkheid in het geval de schade is ontstaan

door de verwezenlijking van een risico dat niet door de aansprakelijkheidschepende gebeurtenis is vergroot. Tot besluit van dit deel bespreek ik in hoofdstuk 12 op welke wijze in uitzonderlijke, moeilijk liggende situaties die zich niet met de in de eerdere hoofdstukken gegeven regels laten oplossen, kan worden vastgesteld of het normatieve verband tussen de aansprakelijkheidschepende gebeurtenis en de schade toereikend is om een verplichting tot vergoeding van deze schade aan te kunnen nemen.

10. In het vierde deel bespreek ik enkele nadere grenzen aan aansprakelijkheid die doorgaans ook in het relativiteitsvereiste of het toerekeningsvereiste worden ondergebracht. In hoofdstuk 13 bespreek ik de nadere grens aan aansprakelijkheid die geldt wanneer een aanspraak op schadevergoeding een andere (verhaals) regeling onaanvaardbaar zou doorkruisen. Onder deze noemer behandel ik diverse in de literatuur erkende, maar nog niet bijeengebrachte grenzen aan aansprakelijkheid. Ik behandel de mogelijke doorkruising van het publiekrecht in het geval de overheid aanspraak maakt op schadevergoeding, de doorkruising van de vennootschappelijke rechtsorde in het geval een aandeelhouder aanspraak maakt op vergoeding van afgeleide schade aan aandelen, en de doorkruising van de subrogatieregeling indien een verzekeraar aanspraak maakt op de door hem door het doen van een uitkering, geleden afgeleide schade. In hoofdstuk 14 behandel ik de nadere grens aan aansprakelijkheid in het geval van een *in pari delicto* verkerende gelaedeerde en in het geval van schade in een niet-rechtmatig belang.

11. In het vijfde deel bespreek ik een tweetal bijzondere redenen die tot een veruiming van aansprakelijkheid, of althans tot een nadere invulling van de grenzen daaraan, kunnen leiden. In hoofdstuk 15 behandel ik de, in de Nederlandse literatuur enigszins onderbelichte, problematiek van de verplaatste schade. Het gaat bij deze problematiek om de situatie waarin iemand ten gevolge van een aansprakelijkheidschepende gebeurtenis schade lijdt, niet duidelijk is of diegene aanspraak heeft op vergoeding daarvan, maar wél duidelijk is dat als ten gevolge van dezelfde gebeurtenis dezelfde schade door een ander zou zijn geleden, de laedens de schade van die ander zou hebben dienen te vergoeden. Uit de omstandigheid dat die ander aanspraak zou hebben op schadevergoeding, volgt soms dat aan degene die de schade heeft geleden eenzelfde aanspraak dient toe te komen. Ik bespreek diverse gevallen van verplaatste schade, de criteria om te beoordelen of een aanspraak op vergoeding van verplaatste schade bestaat, en de grond waarop deze aanspraak gebaseerd kan worden. In hoofdstuk 16 bespreek ik hoe opzet en bewuste roekeloosheid van de laedens de omvang van de gehoudenheid tot schadevergoeding beïnvloeden.

12. Het zesde deel is het slot. In hoofdstuk 17 geef ik in een slotbeschouwing de essentie van de resultaten van mijn onderzoek weer. Hoofdstuk 18 bevat een samenvatting in het Engels.

1.3 **Methode**

13. De door mij in dit boek gehanteerde benadering, laat zich classificeren als klassiek: uitgaande van de wet en de jurisprudentie geef ik een interpretatie³⁹ van het geldende Nederlandse recht, voortbouwend en reflecterend op bestaande dogmatiek en hetgeen door andere auteurs is geschreven.⁴⁰ Die interpretatie bestaat uit het onderscheiden van verschillende deelproblemen en het daarbij formuleren van theorieën over welke feiten welke rechtsgevolgen teweegbrengen. Gestreefd is hierbij deze theorieën zo scherp mogelijk te formuleren,⁴¹ onderwijl onderkendend dat onderdelen van een theorie soms beter open gelaten kunnen worden.⁴²

14. Het probleem bij het geven van een interpretatie van het geldende recht op het gebied dat onderwerp is van dit boek, is enerzijds dat de relevante wetsbepalingen (art. 6:163 BW en art. 6:98 BW) zó algemeen zijn dat de vraag rijst hoe daaruit conclusies getrokken kunnen worden die concreter zijn dan hetgeen de wetsbepalingen zelf met zoveel woorden zeggen, terwijl anderzijds de overvloedige jurisprudentie veelal zodanig op de bijzonderheden van de casus is toegepast dat de vraag rijst op welke wijze gegeven beslissingen zich laten generaliseren.

De wetgever had bovendien beperkt inzicht in de problematiek die hij beoogde te regelen. Om deze reden heeft hij bij de schadetoerekening bewust veel aan de rechter en de wetenschap overgelaten.⁴³ De bedoeling van de wetgever bij vooral art. 6:98 BW heeft hierom voor concrete casus in het algemeen weinig betekenis. Bij de interpretatie van jurisprudentie ligt het voor de hand om bij het generaliseren belang toe te kennen aan de rechterlijke motivering. Hierbij doet zich het probleem voor dat juist op het onderhavige terrein het (ook) voor de rechter niet steeds eenvoudig is een acceptabele motivering/rationalisering voor een oordeel te geven: veelal is eenvoudiger te zeggen *wat* redelijk is dan te zeggen *waarom* datgene redelijk is. Verder lijken rechterlijke instanties er belang bij te hebben om hun motivering niet te zeer te expliciteren. Met name waar een niet-overzichtelijk rechtsgebied in de wetenschap nog niet is uitgediept, vergroot de feitenrechter het risico op vernietiging door het geven van een scherpe motivering, terwijl voor de Hoge Raad het geven van een scherpe motivering het risico in zich draagt dat hij daarmee regels creëert die in andere zaken minder gelukkig blijken te zijn. Ook kunnen geldende beoordelingskaders soms zodanig knellen dat alleen met een gekunstelde motivering een redelijke

39 Nauwkeuriger is om, met Fleuren 2008, p. 25 e.v., te spreken van rationele reconstructie. In de taxonomie van Smith 2004, p. 5 geef ik meer een “*interpretive account*” dan een “*descriptive account*” omdat ik beoog “*by revealing an intelligible order in the law (...) to ‘make sense’ of the law—and there by help us better understand it*”.

40 Vgl. Asser/Scholten *Algemeen deel* 1974, p. 94: “[De rechtswetenschap] stelt in haar samenvoeging van wettelijke voorschriften, wettelijke beslissingen en wat zij meer als stof mag verwerken, regels op, die zij als recht voordraagt.” Zie ook Asser/Vranken**** 2014, nr. 8 en Smits 2012, p. 8 e.v.

41 Barendrecht 1992, p. 155 e.v. heeft mijns inziens terecht bepleit dat in de rechtswetenschap niet alleen de voor het intreden van een rechtsgevolg relevante factoren geïdentificeerd dienen te worden, maar precieze en scherpe, falsificeerbare, normen geformuleerd dienen te worden; zie ook Barendrecht 1995, p. 142 e.v. waarin hij bepleit dat het tijd is om de bestaande, (ver)ruim(d)e kaders nader in te vullen.

42 Vgl. Waddams 2003, p. 2 die terecht schrijft: “*A desire for precision and order naturally leads to a search for clear categories and good maps [van het recht], but such a search, if pressed too far, may be self-defeating, for material that is inherently complex is not better understood by concealing its complexity.*”

43 Zie nader § 2.6.

uitkomst bereikt kan worden.⁴⁴ Om deze redenen acht ik juist op het onderhavige onderzoeksterrein een nauwgezette exegese van rechterlijke motiveringen onverstandig.⁴⁵ Niet zelden ontbreekt trouwens een inhoudelijke motivering van een uitspraak geheel.⁴⁶ Tot slot bestaat het interpretatieprobleem dat een uitspraak eenvoudigweg ‘fout’ kan zijn of inmiddels door veranderende maatschappelijke opvattingen achterhaald.⁴⁷

Om tot een zinvolle interpretatie van de wet en de jurisprudentie te komen, is om deze redenen een referentiekader nodig:⁴⁸ een overkoepelende theorie waarmee beoordeeld kan worden wanneer een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis dient te leiden tot de verplichting om de daardoor veroorzaakte schade te vergoeden. Ik zal tot uitgangspunt nemen dat het door mij te interpreteren schadevergoedingsrecht consistent dient aan te sluiten bij het aansprakelijkheidsrecht en de daarin besloten liggende verdeling van maatschappelijke risico’s. Enerzijds brengt dit uitgangspunt mee dat wanneer met een geschonden norm beoogd is bepaalde personen, tegen bepaalde schade en bepaalde ontstaanswijzen daarvan te beschermen, en door de schending van die norm juist door zo’n beschermd persoon dergelijke schade geleden wordt, deze schade in beginsel dient te worden vergoed.⁴⁹ Voor de kwalitatieve aansprakelijkheden geldt hetzelfde. Anderzijds bepaalt het aansprakelijkheidsrecht – buiten de omvangsproblematiek die in dit boek centraal staat – dat allerlei gedragingen waarmee schade voor anderen wordt veroorzaakt, niet tot aansprakelijkheid leiden: ofwel omdat met een gedraging geen norm is geschonden, ofwel omdat niet wordt voldaan aan andere voorwaarden van een aansprakelijkheidsgrondslag. Met name in het gegeven dat bepaalde belangen geschaad kunnen worden zonder een norm te schenden, ligt mijns inziens belangrijke informatie besloten over de vraag hoe ons aansprakelijkheidsrecht risico’s verdeelt. Deze in het aansprakelijkheidsrecht besloten liggende verdeling van risico’s zal, daar waar zich niet positief laat vaststellen dat met de geschonden norm of met de toepasselijke kwalitatieve aansprakelijkheid beoogd is te beschermen tegen de schade zoals geleden, duidelijk kunnen maken dat de door de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis veroorzaakte schade niet vergoed hoeft te worden.⁵⁰

44 Juist dit rechtsgebied kent een rijke geschiedenis van rechterlijke kunstgrepen om (terecht) onredelijk geachte consequenties van heersende leren te ontwijken (zie hoofdstuk 2). Tegenwoordig leidt de relativiteitsleer door zijn strikte formulering (“*Geen verplichting tot schadevergoeding bestaat (...)*”) zo nu en dan tot gekunstelde motiveringen om aan de consequenties van strikte toepassing te ontkomen, zie nader § 8.3 en hoofdstuk 15.

45 De Amerikaanse *legal realists* adviseerden, in het algemeen, vooral gewicht toe te kennen aan hetgeen de rechter in een uitspraak *doet* (aan welke feiten wordt welk rechtsgevolg verbonden) en niet aan hetgeen de rechter *zegt*. Vgl. Gilmore 1961, p. 1038 die deze opvatting beschrijft: “*The value of a case, for purpose of study, lies in the actual decision – on this state of facts A won and B lost – rather than in the reasons given for the decision.*” Vgl. overigens ook Bakels 2015, p. 931 die zich meer in het algemeen tegen een dergelijke exegese van rechtspraak van de Hoge Raad lijkt te keren.

46 Als voorbeeld noem ik HR 18 december 1987, *NJ* 1988/439 m.nt. W.C.L. van der Grinten (*Amro/Bromet*), zie nader nr. 613.

47 Zie bijvoorbeeld voor een tamelijk duidelijk onredelijk (Van Schellen 1972, p. 216 spreekt van “*ontstellend*”) oordeel van de Hoge Raad: HR 7 april 1932, *NJ* 1932/1529 m.nt. E.M. Meijers (*Mosterd/De Geus*).

48 Vgl. Unberath 2007, p. 24: “*Gute Dogmatik ist (...) immer schon auf mehr oder wenig offen artikulierte Theorie gegründet.*”

49 Zie hierover nader § 7.2.

50 Vgl. Perry 1992, p. 265, 267 die schrijft dat de niet-aansprakelijkheid voor zuivere vermogensschade van secundair en tertiair gelaedeerden zich niet zozeer laat verklaren doordat de aansprakelijkheidslast van de laedens anders ondragelijk zou worden, maar doordat aansprakelijkheid voor deze schade onverenigbaar zou zijn met het gegeven dat het recht in allerlei gevallen toestaat om zuivere vermogensschade toe te brengen, zelfs ook om dat opzettelijk te doen.

De in dit boek te behandelen omvangsproblematiek positioneer ik aldus in een spanningsveld tussen twee polen. De ene pool bestaat uit het geheel aan schadesituaties waarvan zich positief laat vaststellen dat met de geschonden norm of met de toepasselijke kwalitatieve aansprakelijkheid beoogd is daartegen te beschermen. De andere pool wordt gevormd door het geheel aan gedragingen waarmee schade voor anderen wordt veroorzaakt zonder dat deze gedragingen tot aansprakelijkheid leiden.⁵¹ Casus waarin over de omvang van de aansprakelijkheid geoordeeld dient te worden, zal ik vergelijken, enerzijds, met de situaties waarvan zich positief laat vaststellen dat met de geschonden norm of met de toepasselijke kwalitatieve aansprakelijkheid beoogd is tegen de schade zoals geleden te beschermen en, anderzijds, met de situaties waarin met een gedraging schade voor een ander wordt veroorzaakt, zonder dat deze gedraging tot aansprakelijkheid leidt. Door het maken van deze dubbele vergelijking probeer ik in de gegeven casus tot een beredeneerd oordeel over het bestaan van aansprakelijkheid voor die schade te komen. Meer in het algemeen beoog ik langs deze weg in het door mij te behandelen stuk schadevergoedingsrecht systeem aan te brengen, zodat een transparante en beargumenteerde⁵² consistentie ontstaat met het aansprakelijkheidsrecht als geheel. In essentie gebruik ik aldus de rechtsvindingsmethode van Wiarda om dogmatiek te ontwikkelen.⁵³ Met dit aansluiten bij het aansprakelijkheidsrecht kan het te behandelen stuk van het schadevergoedingsrecht mijns inziens grotendeels worden verklaard, maar niet volledig. Het rechtssysteem oefent ook nog op andere manieren invloed uit op dit stuk schadevergoedingsrecht: onder meer is mogelijk dat het geven van een aanspraak op schadevergoeding een ander onderdeel van het recht onaanvaardbaar doorkruist.⁵⁴

15. Dit onderzoek gaat over het geldende Nederlandse recht. Niettemin heb ik in ruime mate het Duitse, Engelse en Amerikaanse recht en bovendien enige Franse, Belgische, Oostenrijkse, Canadese en Australische literatuur en rechtspraak bestudeerd. De reden om vooral eerstgenoemde rechtssystemen in mijn onderzoek te betrekken, is dat in deze landen de theorievorming over de door mij te behandelen grenzen aan aansprakelijkheid aanzienlijk rijker is dan bij ons. Op deze theorievorming zal ik ingaan waar dat zinvol is om beter zicht te krijgen op (wenselijke) Nederlandse dogmatiek.⁵⁵ Buitenlandse jurisprudentie zal ik hier en daar gebruiken om te illustreren waar, ook naar Nederlands recht, bepaalde grenzen aan aansprakelijkheid liggen. Ik veronderstel daarbij dat de genoemde buitenlandse qua inrichting van de maatschappij, werking van de economie en aanwezige cultuur in zodanige mate overeenkomen met ons land, dat vergelijkbare opvattingen bestaan over wat redelijke grenzen aan aansprakelijkheid zijn. Omdat het doel van dit boek is Nederlands recht te systematiseren en tot nieuwe theorieën over ons recht te komen, heb ik ervoor gekozen geen alomvattende beschrijvin-

51 Dit spanningsveld is op zijn beurt onderdeel van het fundamentele spanningsveld in het (aansprakelijkheids) recht tussen vrijheid en verantwoordelijkheid. Zie over vrijheid en verantwoordelijkheid o.m. Slagter 1952, p. 1; Schut 1963, p. 18 e.v.; Cane 1997, p. 15; Sieburgh 2000, p. 5, 9.

52 Welke waardeoordelen consistent en inconsistent zijn, is niet voorgegeven maar vooral een kwestie van waardering en daarmee van argumentatie. Zie hierover bijvoorbeeld: Koopmans 1982, p. 147 e.v.; Bloembergen 1977, p. 19; Reurich 2005, p. 89; Sieburgh 2008, p. 5 e.v.; Schoordijk 1997, p. 375 e.v.; Vranken 1978, p. 193, 205 en Vranken 1986, p. 146.

53 Zie over die rechtsvindingsmethode en haar residuele betekenis bij de schadetoe rekening nader § 12.1.

54 Zie voor enkele van deze doorkruisingsproblemen hoofdstuk 13.

55 Zie met name § 2.2.2, 2.3.3, 6.2.3, 8.6 en 15.2.1.

gen te geven van buitenlandse recht of van modelregels (DCFR, PECL en PETL) en evenmin rechtsvergelijkende beschouwingen of vergelijkende beschouwingen van verschillende begrenzingstheorieën.⁵⁶

16. De keuze in dit boek voor een klassieke juridische benadering betekent niet, dat ik bijvoorbeeld de economische analyse van het recht, de problematiek die speelt bij de verzekeraarbaarheid van aansprakelijkheid en schade, een nadere analyse van de met het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht te dienen doelen, of meer in het algemeen empirisch onderzoek naar de werking en gevolgen van het recht niet zinvol zou achten. Wel meen ik dat op dit moment met dogmatisch, systematiserend onderzoek zoveel te winnen valt dat een daarop toegespitste benadering waardevol is.

17. De literatuur over het onderwerp van dit boek is, zeker wanneer men ook buitenlandse literatuur in aanmerking neemt, overvloedig. Met het verwijzen naar literatuur in voetnoten ben ik doorgaans betrekkelijk spaarzaam geweest. In het literatuuroverzicht aan het slot van dit boek heb ik alle door mij bij mijn onderzoek geraadpleegde relevante literatuur opgenomen. Bij diverse van de in dit boek te behandelen zaken zijn (voormalige) kantoorgenoten van mij of ben ikzelf betrokken geweest. Mijns inziens heeft dat geen enkele rol gespeeld bij dit onderzoek. In de gepubliceerde rechtspraak waarnaar ik verwijs, wordt steeds vermeld welke personen als advocaat betrokken zijn geweest.

Dit proefschrift is op 18 februari 2019 aan de beoordelingscommissie gestuurd. Met rechtspraak en literatuur van na die datum is slechts incidenteel rekening gehouden.

1.4 Afbakening

18. Hoezeer het bij een benadering die gericht is op systematiseren en het leggen van dwarsverbanden aantrekkelijk is om een ruim terrein te behandelen, was ik vanzelfsprekend genoodzaakt beperkingen aan te brengen.

19. In dit boek zal ik steeds tot uitgangspunt nemen dat feitelijk causaal verband aanwezig is tussen de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis en de geleden schade indien daartussen *condicio-sine-qua-non*-verband bestaat. Problemen die zich voordoen bij meerdere, eventueel hypothetische, oorzaken en problemen ten aanzien van het bewijs van het causale verband laat ik buiten beschouwing.

20. Het leerstuk van eigen schuld (art. 6:101 BW) zal ik niet bespreken, omdat dit een ander en relatief goed afgebakend probleemgebied vormt. Over de afbakening van mijn onderzoek ten opzichte van dit leerstuk nog het volgende. Het leerstuk van eigen schuld ziet, in weerwil van de naam, niet alleen op situaties waarin *eigen gedragingen* van de gelaedeerde de schade mede doen ontstaan, maar ook op situaties waarin bepaalde *omstandigheden* die voor risico van de

⁵⁶ Voor een lezenswaardig overzicht van in het aansprakelijkheidsrecht van allerlei landen gebruikte begrenzingstheorieën raadplege men Honoré 1983.

gelaedeerde komen aan de schade hebben bijgedragen. In de literatuur worden problemen waar de schade mede ontstaat door een bijzondere (zwakke) lichamelijke gesteldheid van de gelaedeerde veelal als eigenschuldproblemen gezien.⁵⁷ Indien echter sprake is van een bijzondere kwetsbaarheid van zaken of een onderneming van de gelaedeerde wordt dat merkwaardigerwijze doorgaans niet als eigenschuldprobleem geïdentificeerd maar als probleem van schadetoerekening behandeld.⁵⁸

Te denken valt aan *Waterwingebied Leeuwarden*⁵⁹ waarin de omvang van de schade sterk beïnvloed werd door de omstandigheid dat het waterwingebied van de gelaedeerde extra kwetsbaar was voor olie. Ook valt te denken aan *Frieslandhal*,⁶⁰ waarin de gelaedeerde een uitzonderlijk profitabel cafetaria dreef en het afbranden daarvan dus tot een uitzonderlijk hoge schade leidde. Verder is vermeldenswaardig *PermX*,⁶¹ waarin een onderneming op de rand van faillissement verkeerde en door een wanprestatie van een leverancier over die rand werd geduwd.

Ook problemen van dit laatste type, waarin sprake is van een bijzondere kwetsbaarheid van zaken of een onderneming van de gelaedeerde, zal ik niet behandelen omdat dit mijns inziens beter kan gebeuren in het kader van het leerstuk van eigen schuld en zijn deelproblemen (onder meer het bijdragen aan de schade door ondergeschikten,⁶² de reflexwerking van risicoaansprakelijkheid voor zaken en risico-aanvaarding).

21. Enkele bijzondere problemen die in de doctrine doorgaans of somtijds met de relativiteitsleer worden opgelost, zal ik slechts beknopt behandelen. Het gaat om de problematiek van de *in pari delicto* verkerende gelaedeerde, schade in een niet-rechtmatig belang, doorkruising van een publiekrechtelijke regeling en afgeleide schade van aandeelhouders. Het gaat hier om afgebakende, bijzondere onderwerpen. Ik laat deze problemen aan bod komen om daarmee het wezen van de relativiteitsleer beter te kunnen duiden en te laten zien waar hun plaats is in het schadevergoedingsrecht. Ook de wettelijke regelingen van art. 6:107, 6:107a en 6:108 BW zullen slechts beknopt aan de orde komen. Ik behandel deze regelingen slechts voor zover zij licht werpen op het relativiteitsvereiste en op de figuur van de verplaatste schade.

22. Waar het gaat om kwalitatieve aansprakelijkheid, leg ik de focus op de kwalitatieve aansprakelijkheden voor personen, roerende zaken, opstallen en dieren omdat dit de in de praktijk meest voorkomende kwalitatieve aansprakelijkheden zijn. Waar het gaat om schade als gevolg van tekortschieten in de nakoming van

57 Vgl. Keirse 2003, p. 134 die schrijft over het adagium “*the tortfeasor takes the victim as he finds him*”.

58 In bijvoorbeeld de monografie *Eigen schuld* van Keirse en Jongeneel (Keirse & Jongeneel 2013) wordt aan dergelijke casus nauwelijks aandacht besteed. Anders is dat in de Engelse literatuur, vgl. bijvoorbeeld McGregor/Edelman 2018, nr. 8-092 v/m 8-113 waarin deze gevallen tezamen onder de noemer “*physical and pecuniary abnormalities of the claimant or of his property*” worden behandeld. Vgl. inmiddels in lijn met mijn opvatting echter HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278 (*X/NAM*), rov. 2.10.6 v/m 2.10.8.

59 HR 20 maart 1970, *NJ* 1970/251 m.nt. G.J. Scholten (*Waterwingebied Leeuwarden*).

60 HR 25 april 2008, *NJ* 2008/262 (*Frieslandhal*).

61 Hof Den Haag 26 maart 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:1494 (*PermX*).

62 Ook deze problemen van het bijdragen aan de schade door een ondergeschikte van de gelaedeerde worden soms ten onrechte niet als eigenschuldprobleem gezien en bij de schadetoerekening opgelost, zie HR 25 september 1992, *NJ* 1992/751 (*Alpuro/Dijkhuizen*) en HR 22 november 2013, *RvdW* 2013/1390 (*Assurantietussenpersoon*).

een verbintenis, leg ik de focus op uit overeenkomst voortvloeiende (primaire) verbintenissen. Verbintenissen die niet ontstaan uit overeenkomst, strekken doorgaans tot betaling van een geldsom. De omvang van de verplichting tot schadevergoeding bij het tekortschieten in de nakoming van dergelijke verbintenissen wordt beheerst door art. 6:119(a) BW. Aan de figuur van de schadetoerekening komt dan geen betekenis meer toe.⁶³

23. Op ongeschreven zorgvuldigheidsnormen zal ik slechts beperkt ingaan. In dit boek zal ik betogen dat deze normen soms worden gebruikt als dogmatisch vehikel om de aansprakelijkheid van de pleger van een onrechtmatige daad of van een wanprestatie te verruimen, maar de werkelijke reden voor deze verruiming van aansprakelijkheid niet erin gelegen is dat de laedens op grond van de maatschappelijke betamelijkheid het belang van een ander had dienen te ontzien, maar dat het onredelijk zou zijn om aansprakelijkheid door middel van de normale regels te begrenzen waardoor die ander geen aanspraak op schadevergoeding zou hebben. Slechts voor zover ongeschreven zorgvuldigheidsnormen voor dit doel worden gebruikt, zal ik daarop ingaan.

24. Ook op de problematiek van voordeelstoerekening zal ik niet ingaan. Tot de zomer van 2016 zou dat geen toelichting behoeven: schadetoerekening en voordeelstoerekening waren naar heersende opvattingen (strikt) gescheiden onderwerpen, geregeld in afzonderlijke bepalingen. In juli 2016 heeft de Hoge Raad echter geoordeeld dat voor het antwoord op de vraag of een door een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis voor de gelaedeerde veroorzaakt voordeel in mindering dient te worden gebracht op de te vergoeden schade, beslissend is of dit voordeel “*met inachtneming*” van de maatstaf van art. 6:98 BW “*redelijkerwijs als een gevolg van deze gebeurtenis aan de schuldenaar [kan] worden toegerekend*”.⁶⁴ De voor schadetoerekening geldende maatstaf geldt inmiddels dus ook voor de toerekening van voordelen. Niettemin laat ik deze problematiek van voordeelstoerekening als afgebakend en anders, hier buiten behandeling.

1.5 Terminologie

25. Tot slot van deze inleiding maak ik nog enkele opmerkingen over de door mij in dit boek gehanteerde terminologie. Ik zal veelal spreken van een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis. Hiermee bedoel ik een toerekenbare onrechtmatige daad, een gebeurtenis die leidt tot kwalitatieve aansprakelijkheid, of een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van een verbintenis, vrijwel steeds uit overeenkomst. De toerekenbaarheid van de onrechtmatige daad of de tekortkoming zal ik doorgaans stilzwijgend veronderstellen.

63 Zie HR 10 februari 2017, *NJ* 2018/115 (*Avi/Van Adrighem*), rov. 4.2.3.

64 HR 8 juli 2016, *NJ* 2017/262 m.nt. S.D. Lindenbergh en J.S. Kortmann (*Tennet/ABB*), rov. 4.4.3 en 4.4.5; kort daarvoor oordeelde de Hoge Raad in HR 24 juni 2016, *NJ* 2016/302 (*Deere/Moram*) al dat in geval het ‘voordeel’ een uitkering uit schadeverzekering betrof, dat voordeel via de schadebegroting en niet noodzakelijkerwijs via art. 6:100 BW in mindering kon worden gebracht. Inmiddels is deze nieuwe koers bevestigd in HR 3 februari 2017, *NJ* 2017/146 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Dexia/A.*) en HR 29 juni 2018, *NJ* 2018/294.

Verder zal ik het begrippenpaar laedens en gelaedeerde regelmatig hanteren, ook in de contractuele context. Het is de laedens die aansprakelijk is vanwege de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis. De gelaedeerde heeft ten gevolge van die aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis schade geleden. Verder zal ik in het algemeen niet spreken van verbintenissen uit overeenkomst, maar van verplichtingen uit overeenkomst omdat mijn betoog ook van toepassing is op rechtsplichten uit overeenkomsten niet zijnde verbintenissen.

26. De term causaal verband gebruik ik uitsluitend voor het feitelijk causale verband. Sommige auteurs gebruiken nog de term ‘juridisch causaal verband’.⁶⁵ Mijns inziens is dat een ongelukkige term die stamt uit de tijd dat allerlei toerekeningsproblemen ‘roeiend met de riemen’⁶⁶ die het burgerlijk wetboek van 1838, en in het bijzonder art. 1401 (oud) BW, bood, in het causaliteitsvereiste tot een oplossing moesten worden gebracht.⁶⁷ De toerekeningsproblemen die men onder het label van ‘juridisch causaal verband’ oplost(e), hebben met causaliteit in het algemeen echter weinig van doen.⁶⁸ De term suggereert verder ten onrechte dat deze problemen van wezenlijk andere aard zijn dan de problematiek die men met de relativiteitsleer beoogt op te lossen. Ook kan de term gemakkelijk tot verwarring leiden omdat men kan zeggen dat het ‘causale verband ontbreekt’, zonder daarmee duidelijk te maken of het gaat om het feitelijke verband of het juridische verband.⁶⁹ Voorts geeft deze term aanleiding de motivering voor toerekeningsoordelen te verstoppert in nietszeggende metaforen zoals ‘het causale verband is verbroken’,⁷⁰ of een andere *condicio sine qua non* is de ‘rechtens relevante oorzaak’.⁷¹ Ik zal hierom niet van het ‘juridisch causale verband’ maar van het toerekenen en toerekening van schade of van schadetoerekening spreken. De termen ‘redelijke toerekening’ en ‘toerekening naar redelijkheid’ zal ik in het algemeen niet gebruiken.⁷² De reden hiervoor is dat ons verbintenissenrecht al-

65 In onze handboeken wordt de schadetoerekening veelal nog als onderdeel van het causaal verband gezien, zie bijvoorbeeld Asser/Sieburgh 6-II 2017, nr. 50 e.v. Anders is dit in het buitenland. Navolgenswaardig is mijns inziens Koziol 2012. Enerzijds behandelt Koziol het vereiste van feitelijke causaliteit, de gevallen waarin geen feitelijke causaliteit wordt verlangd en de problemen van meervoudige oorzaken. Anderzijds behandelt Koziol de verschillende begrenzingen van de door een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis veroorzaakte schade waaronder, wat wij noemen, schadetoerekening en relativiteit. Ook McGregor/Edelman 2018 en Lange & Schiemann 2003 delen de materie zo in dat problemen van schadetoerekening en relativiteit tezamen worden behandeld naast vragen van feitelijke causaliteit.

66 Met deze woorden drukte Ribbius 1906, p. 211 zich uit. Ribbius had hier het oog op de problematiek van de eigen schuld en de schadeliding in dat kader die onder het vorige burgerlijk wetboek ook in het causaliteitsvereiste werd opgelost.

67 Zie hierover hoofdstuk 2.

68 Zo ook reeds: Lankhorst 1992a, p. 149; Klaassen 1994, p. 101. Zie hierover nader § 2.4.

69 Zie over deze problematiek verhelderend bijvoorbeeld Stapleton 2008, p. 440 in haar publicatie *Choosing what we mean by “Causation” in the Law*.

70 Hart & Honoré 1985, p. 12 spreken van “the law’s favorite though perhaps most misleading metaphor”. In de Nederlandse jurisprudentie en literatuur wordt deze metafoor bovendien zowel gebruikt om duidelijk te maken dat geen feitelijk causaal verband aanwezig is (Hartkamp 2002, p. 63 e.v.; Klaassen 2017, nr. 28; Boonekamp in *GS Schadevergoeding* art. 6:98 BW aant. 3.4.) als om te zeggen dat de schade niet kan worden toegerekend (HR 2 oktober 1998, *NJ* 1998/831 (*Nacap/Shellfish*); Keirse 2003, p. 48; Keirse & Jongeneel 2013, p. 76).

71 HR 26 maart 1976, *NJ* 1976/393 m.nt. G.J. Scholten (*Onderlinge/Dorten*); HR 1 juli 1977, *NJ* 1978/118 (*Fuld/Cofra*).

72 Aanvankelijk gebruikte de Hoge Raad ook de term redelijk in dit verband. Vgl. HR 20 maart 1970, *NJ* 1970/251 m.nt. G.J. Scholten (*Waterwingebied Leeuwarden*); HR 21 maart 1975, *NJ* 1975/372 (*Doodgeschrokken bromfietser*); HR 19 december 1975, *NJ* 1975/280 m.nt. G.J. Scholten (*Rijksweg 12*). Nadat in het gewijzigd ontwerp bewust van het gebruik van de term ‘redelijk’ is afgezien (zie § 2.8.2), is de Hoge Raad haar ook minder gaan hanteren.

lerlei toerekeningsleerstukken kent⁷³ en zij gemeen hebben dat die toerekening redelijk dient te zijn. De term schadetoerekening drukt hierom duidelijker dan beide genoemde termen uit waar het om gaat. Art. 6:98 BW spreekt van het toerekenen van schade aan de schuldenaar als een gevolg van de gebeurtenis waarop zijn aansprakelijkheid berust. Korthedshalve zal ik doorgaans slechts zeggen dat de schade al dan niet kan worden toegerekend.

27. In de relativiteitsleer spelen de strekking en het doel van de geschonden norm een rol. Hijma⁷⁴ heeft strekking en doel terecht een “*ongelijke tandem*” genoemd. Ik zal de term strekking gebruiken voor het volgens de wet beslissende criterium in het relativiteitsvereiste. De term beschermingsbereik gebruik ik als synoniem van strekking. Bij de bepaling van de strekking van een norm kunnen allerlei omstandigheden een rol spelen, onder meer het doel van de norm. Onder het doel van de norm, of de met de norm beoogde bescherming, versta ik hetgeen oorspronkelijk met de norm is beoogd. Zowel de strekking als het doel wordt vastgesteld door uitleg. Het verschil tussen de strekking en het doel van een norm is in mijn terminologie niet alleen het moment waarnaar men uitlegt – het moment van normschending respectievelijk het moment van opstellen van de norm – maar ook welke gegevens bij die uitleg worden gebruikt. De strekking kan in beginsel van alle omstandigheden van het geval afhangen, bij het doel gaat het meer om wat daadwerkelijk met de norm is beoogd. De strekking van een norm is aldus vooral een juridische constructie, terwijl het doel of de beoogde bescherming in het algemeen een grotere feitelijke component heeft.⁷⁵ Ik zal verder veelal zeggen dat met een norm beoogd is te beschermen tegen bepaalde *schadesituaties*. Ik bedoel dan dat beoogd is bepaalde personen te beschermen tegen een bepaalde soort schade die op een bepaalde wijze zou kunnen ontstaan.

28. Met name in oudere literatuur wordt nogal eens onderscheid gemaakt tussen vestiging en omvang van aansprakelijkheid op een wijze waarbij in het kader van de vestiging de ‘primaire causaliteit’ dient te worden vastgesteld (bijvoorbeeld het causale verband tussen de normschending en de aanrijding), en bij de omvang de ‘secundaire causaliteit’ (bijvoorbeeld het causale verband tussen de aanrijding en de verschillende schadeposten).⁷⁶ Onder causaliteit wordt dan zowel het feitelijk causale verband als het toerekeningsverband begrepen. Naar ik meen, is dit onderscheid niet zinvol omdat bij de ‘primaire causaliteit’ en de ‘se-

73 Naast voordeelstoerekening, springen hier de toerekening van een onrechtmatige daad en van een tekortkoming in de nakoming van een verbintenis het meest in het oog, maar verder worden ook rechtshandelingen toegerekend, wordt kennis toegerekend aan (rechts)personen, en worden betalingen aan een verbintenis toegerekend; “*recht is toerekening*” aldus Asser/Scholten 1-II 1940, p. 1.

74 In zijn NJ-annotatie bij HR 7 mei 2004, NJ 2006/281 (*Duwbak Linda*), § 4.

75 Dat onderscheid is niet steeds scherp, maar wel zinvol. Op dezelfde manier is het onderscheiden van uitleg van een overeenkomst enerzijds en de aanvullende en beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid anderzijds zinvol, maar ook niet steeds scherp mogelijk (zie daarover Asser/Sieburgh 6-III 2018, nr. 365 en 366). De terminologie op het gebied van het overeenkomstenrecht volgend, zou men kunnen zeggen dat de strekking wordt verkregen door ‘normatieve’ uitleg en het doel door ‘gewone’ uitleg.

76 Schut 1963, p. 53, 65 en 79 e.v.; Schut 1966, p. 172; Bloembergen 1965, nr. 106; Hijma & Olthof 2017, nr. 396 en 415; Hartlief e.a. (Hartlief) 2018, nr. 214. Recent lijkt Tjong Tjin Tai 2017, p. 8 e.v. dit onderscheid te zijn gaan propageren.

cundaire causaliteit' dezelfde criteria gehanteerd worden.⁷⁷ Om deze reden zal ik dit onderscheid niet gebruiken. In mijn benadering is de vestiging van aansprakelijkheid gegeven door de normschending en de toerekening daarvan aan de laedens,⁷⁸ of de toepasselijkheid van een kwalitatieve aansprakelijkheid. Bij de omvang van de aansprakelijkheid spelen de vragen of zich causaal verband tussen de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis en de schade (zoals begroot) laat vaststellen en vervolgens aan wie de schadevergoedingsremedie toekomt en tot welk bedrag de veroorzaakte schade, zoals begroot, dient te worden vergoed.

77 Zo ook: Van Eikema Hommes 1965, p. 17 e.v. en 205 e.v.; Van Eikema Hommes 1968, p. 294; Van Eikema Hommes 1975, p. 97 e.v.; Klaassen 1991, p. 262 t/m 266, en Klaassen 2007, p. 29, 30; Van der Grinten 1993, p. 456; Van Dunné 2004, p. 376. Men zou wellicht erover kunnen twisten of dat ook geldt bij de toepassing van wat 'de omkeringsregel' ter zake van het bewijs van het causale verband genoemd wordt. Deze bewijsproblematiek blijft in dit boek echter buiten beschouwing.

78 En in het geval van wanprestatie dat, voor zover nodig, de schuldenaar in verzuim verkeert.

DEEL I

VERKENNING EN VOORBEREIDING

2.1 Inleiding

29. In dit eerste deel geef ik enkele verkennende en voorbereidende beschouwingen waarop ik in de volgende delen zal voortbouwen. Het onderhavige hoofdstuk is rechtshistorisch van aard. In hoofdstuk 3 betoog ik dat het onderscheiden van het relativiteitsvereiste en het toerekeningsvereiste ongelukkig is. In hoofdstuk 4 bespreek ik de heersende opvattingen over de toerekening van schade en zal ik die opvattingen deels bestrijden.

30. In dit hoofdstuk beschrijf ik het kronkelige pad van de ontwikkeling van het recht – beter is wellicht te zeggen: van de ontwikkeling van *ons inzicht in* het recht – dat onderwerp is van dit boek. De beschrijving laat ik eind negentiende eeuw aanvangen en tot het heden doorlopen. Het doel hiervan is te laten zien hoe ons recht is geworden zoals het nu is en in het bijzonder te laten zien om welke redenen de wetgever bij het ontwerp van het huidige burgerlijk wetboek bepaalde keuzen heeft gemaakt. Inzicht hierin is van belang vooral om de in dit wetboek neergelegde dogmatische structuur en de toepasselijke beslissende criteria te kunnen plaatsen en op waarde te kunnen schatten. Tevens beoog ik met dit hoofdstuk enkele oudere theorieën te introduceren waar ik in latere hoofdstukken op zal voortbouwen. Voorts bespreek ik op hoofdlijnen de laatste stand van de jurisprudentie van de Hoge Raad.

31. Ik vang aan met een beschrijving van de hier relevante regelingen in het burgerlijk wetboek van 1838 en de wijze waarop zij aan het einde van de negentiende eeuw werden geïnterpreteerd (§ 2.2). Vervolgens beschrijf ik waarom en hoe een bijzondere interpretatie van de in Duitsland ontwikkelde leer van de adequate veroorzaking bij ons heersend werd (§ 2.3) en het inzicht doorbrak dat deze leer met causaliteit weinig te maken had (§ 2.4). De ontwikkeling van de relativiteitsleer en enkele andere theorieën over de begrenzing van aansprakelijkheid beschrijf ik daarna (§ 2.5). Tegen de achtergrond van deze voorgeschiedenis bespreek ik het driemanschapsontwerp voor het nieuwe burgerlijk wetboek (§ 2.6). Vervolgens ga ik in op de ontwikkeling in de literatuur en de rechtspraak die ertoe leidde dat de leer van de redelijke toerekening heersend werd (§ 2.7). Het laatste deel van het wetgevingsproces, dat voerde tot het huidige art. 6:163 BW en art. 6:98 BW, komt daarna aan bod (§ 2.8). Vervolgens bespreek ik op hoofd-

lijnen de interpretatie die de Hoge Raad aan deze bepalingen heeft gegeven (§ 2.9). Ik sluit af met samenvatting (§ 2.10).

2.2 De regelingen in het burgerlijk wetboek van 1838

2.2.1 Relevante bepalingen

32. Ons burgerlijk wetboek van 1838 kende, net als ons huidige burgerlijk wetboek, bepalingen die in het geval van onrechtmatige daad, kwalitatieve aansprakelijkheid en tekortkoming in de nakoming van een verbintenis een verplichting tot vergoeding van veroorzaakte schade oplegden.

Art. 1401 (oud) BW bepaalde: *“Elke onregmatige daad, waardoor aan een ander schade wordt toegebracht, stelt dengenen door wiens schuld die schade veroorzaakt is in de verplichting om dezelve te vergoeden.”* Art. 1402 (oud) BW regelde delictuele aansprakelijkheid voor schade die het gevolg is van nalatigheid of onvoorzichtigheid. Art. 1403, 1404 en 1405 (oud) BW legden kwalitatieve aansprakelijkheid op ouders en voogden, meesters, schoolonderwijzers en werkmeesters en eigenaren van dieren en van gebouwen. De grondslag voor de schadevergoedingsverplichting in het geval van tekortkoming in de nakoming van een verbintenis was verbrokkeld neergelegd in art. 1272, 1275 en 1278 (oud) BW.

Anders dan in ons huidige burgerlijk wetboek was er geen algemene regeling van de uit de wet voortvloeiende verplichtingen tot schadevergoeding. Alleen voor het geval van niet-nakoming van een verbintenis gaven art. 1277 t/m 1288 (oud) BW enige regels van schadevergoedingsrecht.¹ Art. 1283 en 1284 (oud) BW zijn hier van belang:

Art. 1283 (oud) BW: *“De schuldenaar is slechts gehouden tot vergoeding der kosten, schaden en interessen, welke men voorzien heeft of heeft kunnen voorzien, ten tijde van het aangaan der verbindtenis, ten ware het aan zijne arglist te wijten zij dat de verbindtenis niet is nagekomen.”*

Art. 1284 (oud) BW: *“Zelfs indien het niet nakomen der verbindtenis te wijten is aan de arglist van den schuldenaar, moet de vergoeding van kosten, schaden en interessen, ten opzichte van de door den schuldeischer gelede schade en winstderving, alleenlijk datgene bevatten, hetwelk een onmiddellijk en dadelijk gevolg is van het niet nakomen der verbindtenis.”*

Deze bepalingen maakten aldus onderscheid tussen ongekwalficeerde niet-nakoming en arglistige niet-nakoming van een verbintenis. Art. 1283 (oud) BW begrensde de schadevergoedingsverplichting in het geval van gewone niet-nakoming tot schade die “men” ten tijde van het “aangaan” van de verbintenis heeft voorzien of heeft kunnen voorzien. Art. 1284 (oud) BW bepaalde dat “[z]elfs” indien het niet nakomen aan de arglist van de schuldenaar is te wijten, de verplichting tot schadevergoeding begrensd is tot schade die het onmiddellijk en dadelijk gevolg is van de niet-nakoming.

¹ Voor de situatie waarin personenschade ontstond, gaven art. 1406 en 1407 (oud) BW overigens wel enkele aanvullende regelingen.

33. Voor zover hier relevant,² rezen de volgende interpretatievragen. Wanneer is sprake van het toebrengen en veroorzaken van schade in de zin van art. 1401 (oud) BW? Hebben art. 1283 en 1284 (oud) BW betekenis voor de verplichting tot schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad? En hoe verhouden de door art. 1283 en 1284 (oud) BW aangebrachte begrenzingsen zich tot elkaar en hoe laten zij zich rechtvaardigen?

Alvorens te bezien hoe deze interpretatievragen in de literatuur en rechtspraak werden beantwoord, is zinvol de Franse wortels van art. 1283 en 1284 (oud) BW bloot te leggen, omdat daaruit de achtergrond van deze bepalingen blijkt.

2.2.2 Het gedachtegoed van Pothier

34. Art. 1283 en 1284 (oud) BW waren gebaseerd op art. 1150 respectievelijk 1151 (oud) CC. Laatstgenoemde bepalingen waren op hun beurt gebaseerd op het gedachtegoed van Pothier.

35. In zijn in 1761 gepubliceerde boek *Traité des obligations* stelde Pothier bij de behandeling van de schadevergoedingsverplichting vanwege wanprestatie ten aanzien van een verplichting uit overeenkomst voorop, dat indien geen sprake is van bedrog van de wanpresterende debiteur (“*dol du débiteur*”), niet rigide de regel diende te worden gevolgd dat de debiteur *alle* door zijn wanprestatie veroorzaakte schade dient te vergoeden, maar een zekere gematigdheid gepast is.³ Pothier was van oordeel dat verplichtingen uit overeenkomst alleen kunnen ontstaan indien partijen dat hebben beoogd. Degene die een overeenkomst sluit en zich verbindt tot het leveren van een prestatie kan, zo meende Pothier, door zijn wederpartij niet zo worden begrepen dat hij zich ook heeft willen binden om in het geval van wanprestatie een schadebedrag te vergoeden dat groter is dan hij redelijkerwijs ten hoogste kon verwachten bij het aangaan van de overeenkomst. Op deze grond betoogde Pothier dat de schadevergoedingsverplichting beperkt diende te zijn tot de schade die bij het aangaan van de overeenkomst kon worden voorzien:⁴

“(…) *les obligations qui naissent des contrats, ne peuvent se former que par le consentement et la volonté des parties, or le débiteur en s’obligeant aux dommages et intérêts qui résulteroient de l’inexécution de son obligation, est censé n’avoir entendu ni voulu s’obliger, que jusqu’ à la somme à laquelle il a pu vraisemblablement prévoir, que pourroient monter au plus haut lesdits dommages et intérêts, et non au-delà; donc lorsque ces dommages et intérêts se trouvent monter à une somme excessive, à laquelle le débiteur n’a pu jamais penser qu’ils pourroient monter, ils doivent être réduits et modérés à la somme à laquelle on pouvoit raisonnablement penser, qu’ils pourroient monter au plus haut; le débiteur étant censé n’avoir pas consenti à s’obliger à davantage.*”⁵

2 Bedenkt men hoe veel bijzondere problemen met bijbehorende bijzondere regels afdeling 6.1.10 BW onderscheidt, dan laat zich eenvoudig indenken dat onvermijdelijk vele moeilijkheden bij de toepassing en interpretatie van de hiervoor genoemde wetsbepalingen zouden ontstaan.

3 Pothier 1761, nr. 160.

4 Hier zien we een *Haviltex*-achtige redenering waarin voor de bepaling van de uit overeenkomst voortvloeiende verbintenissen van belang is hoe een contractspartij de andere contractspartij (objectief) mocht begrijpen.

5 Pothier 1761, nr. 164.

Volgens Pothier was dit een kwestie van “*la raison et l'équité naturelle*”:⁶ van rede en natuurlijke billijkheid.

Pothier generaliseerde hiermee een rationalisering die Du Moulin (Molinaeus) in zijn in 1574 gepubliceerde boek *Tractatus de eo quod interest* had gegeven aan Codex 7,47,1.⁷ Volgens laatstgenoemde notoir onduidelijke bepaling gold dat in zaken van een bepaalde hoeveelheid of aard, zoals koopovereenkomsten, huurovereenkomsten en andere overeenkomsten, de schadevergoeding niet groter kon zijn dan tweemaal die hoeveelheid.⁸ Du Moulin verklaarde en rechtvaardigde deze regel erdoor dat de schuldenaar waarschijnlijk niet had voorzien dat aanvullende schade kon worden geleden groter dan de waarde van het object waarop de overeenkomst betrekking had.⁹ Aldus introduceerde Du Moulin onvoorzienbaarheid als reden om de verplichting tot schadevergoeding te beperken. Pothier generaliseerde deze gedachte en maakte haar los van de genoemde bepaling. Om dat te kunnen doen legde Pothier het verband met de voor de bepaling van de rechtsgevolgen van een overeenkomst in het algemeen van belang zijnde wil van partijen.

De begrenzing bij ongekwalificeerde wanprestatie gold volgens Pothier niet in het geval van “*dol du débiteur*”. Met een bedrieglijke wanprestatie verplichtte de debiteur zich immers “*indistinctement, velit, nolit, à la réparation du tort que son dol causera*”.¹⁰ Niettemin diende ook dan naar het oordeel van Pothier de rechter een zekere prudentie te betrachten bij de toewijzing van de vordering tot schadevergoeding, met name waar de schade ver weg lag (“*une suite éloignée*”) of een niet noodzakelijk (“*pas une suite nécessaire*”) gevolg van de wanprestatie was.¹¹

36. De ontwerpers van de Franse Code Civil hebben dit stelsel van Pothier vrijwel volledig overgenomen en neergelegd in art. 1150 en 1151 (oud) CC:

Art. 1150 (oud) CC: “*Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée.*”

Art. 1151 (oud) CC: “*Dans le cas même où l'inexécution de la convention résulte du dol du débiteur, les dommages et intérêts ne doivent comprendre à l'égard de la perte éprouvée par le créancier et du gain dont il a été privé, que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention.*”

Voor de situatie van bedrieglijke wanprestatie koos de Franse wetgever wel voor een enigszins engere begrenzing dan Pothier voor ogen had gehad. Art. 1151 (oud) CC beperkte de schadevergoedingsverplichting tot schade die geldt als een “*suite immédiate et directe*” in plaats van de door Pothier genoemde grens van ver weg liggende en niet noodzakelijke schade. Art. 1150 en 1151 (oud) CC zijn

6 Pothier 1761, nr. 164.

7 Zie over deze ontwikkeling nader Gordley 2006, p. 398 e.v.; Zimmerman 1996, p. 829 e.v.; Van Kralingen 2013, p. 399 e.v.

8 C. 7,47,1 bepaalde, voor zover hier relevant: “*Sancimus itaque in omnibus casibus, qui certam habent quantitatem vel naturam, veluti in venditionibus et locationibus et omnibus contractibus hoc quod interest dupli quantitatem minime excedere*”. Zie over deze bepaling nader Medicus 1962, p. 288 e.v.

9 Du Moulin 1574, nr. 60.

10 Pothier 1761, nr. 166, 168.

11 Pothier 1761, nr. 167, 168.

blijven gelden tot in Frankrijk per 1 oktober 2016 het algeheel herziene contractenrecht in werking trad. Bij deze herziening zijn deze bepalingen vrijwel ongewijzigd overgenomen in lid 3 respectievelijk 4 van het huidige art. 1231 CC.

37. Onze 1838-wetgever heeft de vrijwel ongewijzigde vertaling van art. 1150 en 1151 (oud) CC neergelegd in art. 1283 en 1284 (oud) BW.¹² Wel werd een niet onbelangrijke aanpassing gemaakt. Art. 1150 (oud) CC sprak van schade die was of kon worden voorzien bij het aangaan van het “*contrat*”, art. 1283 (oud) BW van schade die bij het “*aangaan*” van de “*verbindtenis*” door de schuldenaar was of kon worden voorzien. Art. 1283 (oud) BW zag aldus ook op verbintenissen uit andere bron dan overeenkomst.¹³ De term “*aangaan*”, die wel past bij een overeenkomst, maar minder goed bij een verbintenis, werd niettemin in art. 1283 (oud) BW gehanteerd.¹⁴ Waar art. 1151 (oud) CC sprak van het niet nakomen van de “*convention*” hanteerde ook art. 1284 (oud) BW de term verbintenis. Het toepassingsbereik van deze bepalingen werd aldus verruimd van verbintenissen uit overeenkomst, tot verbintenissen in het algemeen.

De reden voor deze wijziging was dat onze wetgever van mening was dat in de Code Civil ten onrechte als uitgangspunt werd gehanteerd dat alle verbintenissen voortvloeien uit overeenkomsten. Volgens onze wetgever konden, zoals ook in onze huidige doctrine algemeen geaccepteerd is, verbintenissen ook uit andere bron ontstaan.¹⁵ Om deze reden heeft onze wetgever diverse bepalingen uit de Code Civil zodanig vertaald en aangepast dat zij niet alleen zagen op verbintenissen uit overeenkomst, maar op verbintenissen in het algemeen.¹⁶ In het wetgevingsproces is overigens naar voren gebracht dat de regeling van art. 1150 (oud) CC specifiek was geschreven voor verbintenissen uit overeenkomst.¹⁷ Om redenen die mij niet duidelijk zijn geworden, heeft dat de wetgever niet van het generaliseren van deze bepaling afgehouden. Een voor de hand liggende reden hiervoor is naar mijn mening dat de wetgever ook een regel wilde geven voor verbintenissen uit andere bron dan overeenkomsten en niet dadelijk werd ingezien waarom daarvoor een andere regel zou moeten gelden.

2.2.3 De interpretatie van het causaliteitsvereiste

38. De vraag wanneer sprake is van het toebrengen en veroorzaken van schade in de zin van art. 1401 (oud) BW en de vraag of art. 1283 en 1284 (oud) BW betekenis hebben voor de omvang van de verplichting tot schadevergoeding vanwege een gepleegde onrechtmatige daad, werden in de negentiende eeuw in de grote commentaren van Opzoomer, Land en Diephuis als volgt beantwoord.

39. Opzoomer bepleitte onderscheid te maken tussen oorzaak en aanleiding:

12 De voorzienbaarheidstoets van Pothier kwam via de Code Civil ook terecht in het Engelse recht (zie nader nr. 423), in het Belgische recht (art. 1150 Burgerlijk Wetboek), in het Spaanse recht (art. 1107 Código Civil) en in het Italiaanse recht (art. 1225 Codice Civile) en in art. 9:503 PECL, art. 3:703 DCFR en art. 25 CISG. Zie hierover Gordley 2006, p. 395 en Ferrari 2008, p. 316 e.v. Tevens stond het gedachtegoed van Pothier in het Duitse recht aan de wieg van de *Schutzwacklehre* voor contractuele aansprakelijkheid (zie nader nr. 423).

13 Opzoomer 1879a, p. 105; Diephuis 1886, p. 102.

14 Opzoomer 1879a, p. 104; Asser & Limburg 3-I 1905, p. 148.

15 Voorduin 1838, p. 16; Asser 1838, p. 470, 471.

16 Voorduin 1838, p. 16, 17.

17 Voorduin 1838, p. 24.

*“Oorzaak en aanleiding zijn ver uiteen te houden. Men heeft slechts die schade te vergoeden, waarvan men de oorzaak, niet die, waarvan men niets meer dan de aanleiding is.”*¹⁸

Opzomer meende dat de beperking van de schadevergoedingsverplichting in art. 1284 (oud) BW tot schade die het *“onmiddellijk en dadelijk gevolg”* is van de niet-nakoming, inhield dat slechts schade waarvoor de niet-nakoming *oorzaak* was vergoed diende te worden en niet de schade waarvoor de niet-nakoming louter als *aanleiding* gold:

*“Art. 1284 drukt dit [het onderscheid tussen oorzaak en aanleiding] uit, door van ‘een onmiddellijk en dadelijk gevolg’ – beter ware geweest ‘een rechtstreeksch gevolg’ – te spreken.”*¹⁹

Op de schadevergoedingsverplichting bij onrechtmatige daad achtte Opzomer art. 1283 en art. 1284 (oud) BW niet van toepassing. Omdat echter het onderscheid tussen oorzaak en aanleiding, dat volgens hem ten grondslag lag aan de beperking van art. 1284 (oud) BW, evengoed bij aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad gemaakt diende te worden, meende hij dat ook bij onrechtmatige daad alleen de schade die een rechtstreeks gevolg van de onrechtmatige daad is vergoed diende te worden:

“Mij dunkt, er is niet aan te twifelen, of ook hier [in het geval van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad] valt enkel aan die schade te denken, die van zijn doen, het zij dan een meer verwijderd of minder verwijderd, maar in ieder geval een ‘rechtstreeksch’ gevolg is. En dan niet om de analogie, niet als uitbreiding van hetgeen art. 1284 bepaalde, maar eenvoudig omdat wie slechts aanleiding geeft, geen oorzaak mag heeten”.²⁰

Door te werken met het begrippenpaar oorzaak en aanleiding, kon Opzomer aldus in art. 1401 (oud) BW de voorwaarde lezen dat de schade rechtstreeks veroorzaakt is. Waarom het onderscheid tussen een rechtstreeks en een niet-rechtstreeks gevolg steeds zou samenvallen met het onderscheid tussen oorzaak en aanleiding verklaarde Opzomer overigens niet nader.

40. Land sloot zich in zijn commentaar bij deze opvattingen van Opzomer aan. Land zag wel dat het onderscheid tussen oorzaak en aanleiding niet glashelder was:

*“De grens tusschen oorzaak en aanleiding is dikwijls niet gemakkelijk te trekken, en zelfs kan men twifelen of er tusschen de beide een wezenlijk verschil bestaat. Evenwel alleen voorzover de daad daarvan de ‘oorzaak’ is, wordt de schade vergoed.”*²¹

41. Een enigszins andere benadering koos Diephuis. Net als Opzomer en Land meende Diephuis dat art. 1283 en 1284 (oud) BW niet op de schadevergoedingsverplichting uit onrechtmatige daad konden worden toegepast. Niettemin deed ook volgens hem de aan art. 1284 (oud) BW ten grondslag liggende ratio bij on-

18 Opzomer 1879b, p. 319.

19 Opzomer 1879b, p. 319.

20 Opzomer 1879b, p. 319, 320.

21 Land 1892, p. 258.

rechtmatige daad opgeld. Die ratio was volgens Diephuis dat slechts schade diende te worden vergoed die “*werkelijk*” door de niet-nakoming is veroorzaakt en niet schade die door “*iets anders*” teweeg is gebracht. Diephuis bereikte zo dezelfde conclusie als Opzoomer en Land, namelijk dat de in art. 1284 (oud) BW gestelde eis van “*onmiddellijk en dadelijk of regtstreeksche gevolg*” ook gold in het geval van onrechtmatige daad:

“(…) niet bij wijze van analogische toepassing, maar omdat de verplichting tot vergoeding der door eene daad veroorzaakte schade enkel de schade betreft, die werkelijk door die daad veroorzaakt is, en niet ook die, welke daarna, hetzij in of zonder verband met de zoodanige, door iets anders is teweeg gebragt.”²²

42. De Hoge Raad oordeelde, net als de hiervoor genoemde auteurs, dat art. 1283 en 1284 (oud) BW niet (analoog) van toepassing zijn op de schadevergoedingsverplichting uit onrechtmatige daad.²³ Niettemin was hij, net als deze auteurs, van oordeel dat deze schadevergoedingsverplichting beperkt was tot schade die het rechtstreeks gevolg van de onrechtmatige daad is. In *Ziegelaar/Van der Pek q.q.*²⁴ oordeelde hij dat:

“(…) art. 1401 B.W. elke onrechtmatige daad, waardoor schade wordt toegebracht, dengene door wiens schuld de schade is veroorzaakt, de verplichting oplegt om die schade zonder eenige beperking, en dus zoowel het geleden nadeel als de winstderving, welke het rechtstreeksche gevolg zijn van de onrechtmatige daad, te vergoeden.”

2.2.4 De voorzienbaarheidseis van art 1283 (oud) BW en de verhouding tot 1284 (oud) BW

43. Hoe lieten de door art. 1283 en 1284 (oud) BW aangebrachte begrenzungen zich rechtvaardigen en hoe verhielden zij zich tot elkaar? De reden om in het geval van tekortschieten in de nakoming van een verbintenis uit overeenkomst de schadevergoedingsverplichting te beperken tot schade die voorzien was of had kunnen worden voorzien, vloeide volgens Pothier voort uit de (veronderstelde) bedoeling van de contractsluitende partijen: niet kon worden aangenomen dat zij zich ook hadden willen binden aan onvoorziene rechtsgevolgen. Deze gedachtegang sloot minder goed aan bij het in ons burgerlijk wetboek gegeneraliseerde art. 1283 (oud) BW: niet dadelijk viel in te zien waarom een dergelijke beperking ook aangenomen zou dienen te worden bij de niet-nakoming van een verbintenis die niet uit een overeenkomst voortvloeide. Opzoomer en Diephuis wezen Pothiers gedachtegang bovendien unaniem geheel af. Opzoomer schreef:

“Dat de schuldenaar, die zijn verbintenis niet gestand doet, tot schadevergoeding verplicht is, schijnt mij geen uitvloeisel van ‘*une clause tacite de la convention*’, maar daarvan alleen, dat er

22 Diephuis 1888, p. 73.

23 HR 28 december 1906, *W* 8477 (*Burgemeester Utrecht/Enkelstroth*); HR 13 november 1922, *W* 10948 (*Berends/Vollenbroek*).

24 HR 15 juni 1888, *W* 5572 (*Ziegelaar/Van der Pek q.q.*) en in dezelfde zin HR 2 februari 1912, *W* 9319 m.nt. E.M. Meijers. In HR 13 november 1922, *W* 10948 (*Berends/Vollenbroek*) oordeelde de Hoge Raad dat ter zake van het causale verband bij onrechtmatige daad geen rechtsregels gelden en het oordeel over het vereiste verband aan het “*vrije oordeel*” van de rechter die over de feiten oordeelt is overgelaten.

schade geleden is en dat hij daarvan de oorzaak moet heeten. (...) Alleen in zijn causaliteit van de schade, niet in enig stilzwijgend contract, ligt dus van die verplichting de grond, en het is dan ook, zoo maar die causaliteit bestaan kan, onverschillig, of de verbintenis, waartegen is gehandeld ten nadeele van den schuldeischer, aan een overeenkomst of aan de wet is ontleend.”²⁵

Ofschoon deze auteurs niets in Pothiers rationalisering zagen, waren zij niet in staat de voorzienbaarheidseis van art. 1283 (oud) BW op andere wijze te verklaren. Opzoomer was daarover helder: als hem zou worden gevraagd de beperking te verklaren

“(...) dan weet ik op die vraag geen voldoende antwoord te geven (...) Ik zou slechts kunnen wijzen op die neiging tot zachtheid tegenover den niet arglistigen schuldenaar”²⁶

Ook C. Asser schreef begin twintigste eeuw dat het

“(...) moeilijk [is] de beperkende bepaling van art. 1283 B.W. (...) voldoende te rechtvaardigen”²⁷

44. De beperking van art. 1284 (oud) BW in het geval van arglistige niet-nakoming tot schade die het *“onmiddellijk en dadelijk gevolg”* van die niet-nakoming is, werd door Opzoomer, Land en Diephuis begrepen als een soort causaliteitseis. Door deze interpretatie kon, zoals hiervoor beschreven, ook in het geval van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad de voorwaarde worden gesteld dat de schade een rechtstreeks gevolg van de daad is. Ook lag bij deze interpretatie voor de hand de beperking van art. 1284 (oud) BW evenzeer te stellen in het geval van ongekwalificeerde niet-nakoming. Naar heersende opvatting diende inderdaad het samenspel van art. 1283 en 1284 (oud) BW zodanig begrepen te worden dat in het geval van een ongekwalificeerde niet-nakoming een dubbele beperking gold:²⁸ tot de schade die men ten tijde van het aangaan van de verbintenis heeft voorzien of heeft kunnen voorzien én tot schade die kan gelden als onmiddellijk en dadelijk gevolg van de niet-nakoming.

2.3 Adequate veroorzaking

2.3.1 Het probleem met de bestaande criteria

45. Het onderscheid tussen oorzaak en aanleiding en tussen rechtstreeks en niet-rechtstreeks gevolg was, zoals Land al signaleerde, niet steeds eenvoudig te maken en leidde bovendien tot rechtspraak die, in ieder geval tegenwoordig, weinig aanspreekt.

²⁵ Opzoomer 1879a, p. 106. In vergelijkbare zin Diephuis 1886, p. 102.

²⁶ Opzoomer 1879a, p. 106. Diephuis 1886, p. 101 t/m 103 stelt zich deze vraag niet.

²⁷ Asser & Limburg 3-I 1905, p. 148.

²⁸ Diephuis 1886, p. 101, 102; Opzoomer 1879a, p. 103.

Ik geef twee voorbeelden.²⁹ (1) Op een veiling informeerde een aspirant-koper bij de notaris die de veiling leidde, of op het te koop zijnde schip schulden rustten. De notaris verzekerde dat het schip ‘vrij van schulden is’, waarna het schip werd gekocht. Kort daarna werd het schip geëxecuteerd in verband met daarop rustende schulden. De Groningse Kantonrechter wees de vordering tot schadevergoeding van de koper jegens de notaris af: de schade is niet het gevolg van de onzorgvuldige mededeling van de notaris, maar van de koop van het schip.³⁰ (2) Een rijnschip werd door een sleepboot voortgetrokken. Door een gebrek aan het roer van de sleepboot liet deze zich plots niet meer besturen. De sleepboot trok het rijnschip hierdoor in ondiep water aan de grond. Om los te geraken loosde het rijnschip een deel van zijn lading. Anders dan beoogd, raakte het schip hierdoor echter niet los, terwijl de lading verloren ging. Na enige tijd brak bovendien het voorschip af en liep het rijnschip vol water. De Middelburgse Rechtbank wees de vordering tot schadevergoeding van de eigenaar van het rijnschip jegens de exploitant van de sleepboot af, omdat het gebrekkige roer van de sleepboot niet de onmiddellijke oorzaak van de schade was: die oorzaak was immers het stranden van het rijnschip.³¹

46. Tegen de hiervoor beschreven stand van het recht keerden zich in 1902 vrijwel gelijktijdig P. Scholten en Simons. Scholten – nog in zijn tijd als advocaat – ving zijn uitvoerige en doordachte publicatie aan door erop te wijzen dat het onderscheid tussen aanleiding en oorzaak onduidelijk is en tot rechterlijke willekeur leidt:

*“Waar we echter zien, dat in de toepassing der beide begrippen [oorzaak en aanleiding] zoo weinig zekerheid bestaat, dat we herhaaldelijk in een zelfde geval verschillende beslissingen in de jurisprudentie vinden en zien dat schijnbaar geheel analoge gevallen nu eens in dezen, dan in dien geest worden uitgemaakt (...) Wanneer de eene rechter zonder verdere motivering verklaart: de daad is oorzaak der schade; de ander: de daad is aanleiding, dan doet zich hier de vraag voor: waarom dan oorzaak of aanleiding, en worden wij dus genoodzaakt tot een onderzoek naar ‘t wezen dier onderscheiding, niet al in de woorden gelegen.”*³²

Scholten bepleitte om voor de vaststelling van het causale verband een tweefasentoeets te gebruiken. In de eerste plaats diende getoetst te worden of schade feitelijk door de onrechtmatige daad is veroorzaakt. Dit diende te worden getoetst door te bepalen of de onrechtmatige daad geldt als *condicio sine qua non* voor de schade.³³ Scholten vervolgde:

*“dan komt de tweede vraag: is [de gedraging die condicio sine qua non is voor de schade] nu ook oorzaak in engeren zin. (...) De moeielijkheid is nu, welke maatstaf zal bij het bepalen van dit engere verband, bij het schiften dus van de verschillende feiten, die samen het complex oorzaak vormen,³⁴ moeten worden gebruikt? Welke voorwaarde in den zin van condicio sine qua non zal ‘oorzaak’ mogen heeten?”*³⁵

29 Zie voor vergelijkbare casus Scholten 1902, p. 425 t/m 433.

30 Ktr. Groningen 18 februari 1882, W 4805 (Elzer/Mr. P.L.d. G.).

31 Rb. Middelburg 30 november 1898, W 7211 (Blauwhoedeneem/Kenres en De Keersmaeker).

32 Scholten 1902, p. 269, 270.

33 Scholten baseert zich hierbij op de causaliteitstheorieën van Von Buri en Mill; zie nader nr. 496.

34 Hier heeft Scholten de definitie van oorzaak van Mill 1858, p. 200 op het oog: “*the cause then, philosophically speaking, is the sum total of the conditions positive and negative taken together; the whole of the contingencies of every description, which being realized, the consequent invariably follows.*” Een vergelijkbare opvatting hing Von Buri 1873, p. 1 e.v. aan. Zie nader nr. 496.

35 Scholten 1902, p. 277.

Om deze vraag te beantwoorden zocht Scholten aansluiting bij de dan in Duitsland nog in ontwikkeling zijnde leren van adequate veroorzaking. Met deze, hierna in § 2.3.3 nader te bespreken leren, poogden diverse Duitse auteurs aan de hand van een kanscriterium strafrechtelijke en civielrechtelijke aansprakelijkheid voor zuiver toevallige gevolgen van een normschendende gedraging af te snijden. De niet zuiver toevallige gevolgen duidde men aan als adequaat veroorzaakt. Scholten kwam, zich hierbij aansluitend, tot de opvatting:

*“Oorzaak – als grond voor aansprakelijkheid – is die voorwaarde, welke de mogelijkheid van het gevolg objectief heeft vergroot.”*³⁶

Scholten noemde ter onderbouwing van deze begrenzing het belang van de aansprakelijke om alleen verantwoordelijk te zijn voor feiten die voor hem “*berekenbaar*” zijn.³⁷ Uitdrukkelijk wees Scholten erop dat met het door hem voorgestelde criterium niet de voorzienbaarheid van de schade zoals geleden beslissend wordt gemaakt.³⁸ Hoewel Scholten zijn criterium inbedde in de causaliteitseis van art. 1401 (oud) BW, sprak hij herhaaldelijk van de “*toerekening*” van de veroorzaakte schade.³⁹

47. Simons’ betoog had een vergelijkbare strekking. Simons wees erop, dat de eis van een rechtstreeks verband te streng is. Ook volgens Simons kon niet verlangd worden dat de onrechtmatige daad de enige oorzaak van de schade is: voor elk gevolg bestaat steeds een reeks van noodzakelijke voorwaarden.⁴⁰ Ook Simons bepleitte de leer van de adequate veroorzaking te hanteren bij de interpretatie van het oorzakelijkheidsvereiste van art. 1401 (oud) BW, maar met een enigszins engere formulering dan Scholten:

*“men zou eene bepaalde handeling slechts dan als oorzaak van een gevolg kunnen doen gelden, indien naar de algemeene regelen der menschelijke ervaring de mogelijkheid bestond, dat uit die handeling dat gevolg zich zou ontwikkelen. (...) men zal (...) hebben te vragen: was zoodanig gevolg te voorzien of – om eene uitdrukking te onleenen van gelijke strekking aan onze strafwet – was dat gevolg te duchten?”*⁴¹

Waar Scholten dus als oorzaak aanduidde de voorwaarde die de objectieve mogelijkheid van het gevolg heeft vergroot, zou volgens Simons beslissend moeten zijn of naar algemene regels van menselijke ervaring de mogelijkheid bestond dat uit de handeling het gevolg zich zou ontwikkelen en of het ingetreden gevolg te voorzien of te duchten was.⁴²

36 Scholten 1902, p. 302. Scholten heeft kennelijk niet doorzien dat voor meerdere voorwaarden kan gelden dat zij de mogelijkheid van het gevolg objectief hebben vergroot en deze redeneerwijze er dus toe kan leiden dat een gevolg meerdere oorzaken heeft.

37 Scholten 1902, p. 306, 307.

38 Scholten 1902, p. 288.

39 Scholten 1902, p. 425, 457, 466.

40 Ook Simons baseert zich op Von Buri en Mill; zie nader nr. 496.

41 Simons 1902, p. 30.

42 Overigens lijkt Simons, net als Scholten, deze eis van adequaatheid bovenop de eis van het *condicio-sine-qua-non*-verband te willen stellen, maar geheel duidelijk is dat niet; zie Simons 1902, p. 29, 30.

48. Ter verklaring van de hierna te bespreken koerswijziging van de Hoge Raad is het door Zevenbergen in 1917 gevoerde betoog nog vermeldenswaard. Zevenbergen maakte, scherper dan Scholten, onderscheid tussen causaliteit en andere voorwaarden voor aansprakelijkheid.⁴³ Ter zake van het causaliteitsvereiste diende volgens Zevenbergen beslissend te zijn of *condicio-sine-qua-non*-verband bestaat tussen de onrechtmatige daad en de schade. Een naast het causaliteitsvereiste bestaande voorwaarde voor aansprakelijkheid is volgens hem dat de schade kan gelden als adequaat door de onrechtmatige daad veroorzaakt. Getoetst diende te worden of de onrechtmatige daad:

*“een algemeen begunstigende omstandigheid is voor zulke gevolgen, als waartoe het in concreto ingetreden gevolg behoort.”*⁴⁴

Omdat de wet deze adequatie-eis niet met zoveel woorden stelde, stond Zevenbergen voor het probleem te verklaren waarom deze eis geldend recht was. Zevenbergen deed dit door het adequatiecriterium gelijk te stellen met de eis van voorzienbaarheid in art. 1283 (oud) BW en die bepaling analoog toe te passen in het geval van onrechtmatige daad.

*“wanneer is het gevolg adaequaat, wanneer niet? Hierover kan wel geen twijfel bestaan, dat een objectieve voorzienbaarheid wordt gevorderd buiten het geval van arglist: schade die ‘men’ heeft voorzien of kunnen voorzien. Zij moet voorzienbaar zijn bij het aangaan van de verbintenis; in ons verband zal dit wel aldus moeten gelezen worden: bij het verrichten der handeling, daad, enz., kortweg: bij de veroorzaking.”*⁴⁵

Waar Opzoumer, Land en Diephuis de regel van art. 1284 (oud) BW gebruikten om de schadevergoedingsverplichting uit onrechtmatige daad te beperken, maakte Zevenbergen een koppeling tussen het adequatiecriterium en de voorzienbaarheidseis van art. 1283 (oud) BW om zo ook de schadevergoedingsverplichting uit onrechtmatige daad te kunnen beperken, maar nu aan de hand van de voorzienbaarheid van de geleden schade. Zevenbergen ging eraan voorbij dat de voorzienbaarheidseis van art. 1283 (oud) BW een bijzondere, op contractuele aansprakelijkheid toegespitste, achtergrond had terwijl deze eis zich bovendien volgens de toentertijd gezaghebbende Nederlandse auteurs niet goed liet verklaren.

2.3.2 De Hoge Raad gaat om

49. Na dit voorspel in de literatuur begon de Hoge Raad in 1927 met het gebruiken van het criterium, en varianten daarop, of de schade het redelijkerwijze te verwachten gevolg is van de onrechtmatige daad of de wanprestatie.

43 Zie nader § 2.4.

44 Zevenbergen 1917, p. 38.

45 Zevenbergen 1917, p. 72.

50. Aanvankelijk gebruikte de Hoge Raad dit criterium om de grenzen van aansprakelijkheid te *verruimen*. Op die manier ontkwam hij aan de onbillijk scherpe begrenzing waartoe het vereiste van een rechtstreeks gevolg leidde.⁴⁶

Het eerste arrest waarin dit gebeurde is *Haagsche Post/Ligterink*.⁴⁷ Het weekblad de *Haagsche Post* had een open brief gepubliceerd van een bankier met alarmerende berichten over een beursgenoteerde N.V. Het weekblad plaatste hierbij bovendien een artikel, onder de kop “*Circa vijftig miljoen verkapte verliezen. Schromelijk gemanipuleerde balansen*”, waarin de inhoud van de brief werd onderschreven en de indruk werd gewekt dat meer en uitvoeriger onthullingen zouden volgen. De hoofdredactie van de *Haagsche Post* wist echter dat de inhoud van de brief en de publicatie onjuist was. Nadat de beurskoers van aandelen in de N.V. aanzienlijk was gedaald, besloot een aandeelhouder, Ligterink, om zijn aandelen te verkopen teneinde verdere schade te voorkomen. Toen vervolgens aan het licht kwam dat de publicatie onjuist was, herstelde de beurskoers zich. Ten gevolge van de publicaties had Ligterink zijn aandelen te goedkoop verkocht en aldus schade geleden. De rechtbank wees Ligterinks vordering jegens de *Haagsche Post* af: Ligterink had toch immers zélf zijn aandelen verkocht, waardoor geen sprake was van het vereiste rechtstreekse causale verband. De Hoge Raad vernietigde en oordeelde dat indien de schade “*het redelijkerwijze te verwachten gevolg*” is van de onrechtmatige daad, deze schade geldt als “*het rechtstreeks en onmiddellijk gevolg*” en dan voor vergoeding in aanmerking komt.

In hetzelfde jaar oordeelde de Hoge Raad in het arrest *Staatsspoorwegen/Smit*⁴⁸ dat indien de schade “*het naar ervaringsregelen als niet onwaarschijnlijk te verwachten*” gevolg is van de wanprestatie, de schade tevens geldt als een “*onmiddellijk gevolg*” van de wanprestatie. In deze zaak lag in de causale keten tussen de wanprestatie en de schade van de gelaedeerde (Smit) een vrijwillige gedraging van een derde (Machiels). Bij strikte toepassing van de voorwaarde van het onmiddellijk gevolg, had hierdoor geen verplichting tot vergoeding van die schade aangenomen kunnen worden.

51. De Hoge Raad gebruikte in deze twee zaken het criterium van redelijkerwijs te verwachten gevolg als *voldoende* voorwaarde: als de veroorzaakte schade redelijkerwijs voorzienbaar is, dan geldt de schade ook als het rechtstreeks en onmiddellijk gevolg van de onrechtmatige daad of van de wanprestatie en is aan het causaliteitsvereiste voldaan.⁴⁹ Hoewel hiermee aansprekende resultaten werden bereikt, was de redeneerwijze gekunsteld: twee duidelijk verschillende criteria – het redelijkerwijs te verwachten gevolg enerzijds en rechtstreeks gevolg anderzijds – werden aan elkaar gelijkgesteld.⁵⁰

Vervolgens ging de Hoge Raad het criterium ook gebruiken als *noodzakelijke* voorwaarde voor aansprakelijkheid. In 1927 eerst in het geval van wanprestatie,

46 Ook Van Schellen 1985a, nr. 6 en 7 wijst hierop.

47 HR 3 februari 1927, *NJ* 1927/636 m.nt. E.M. Meijers (*Haagsche Post/Ligterink*).

48 HR 18 februari 1927, *NJ* 1927/658 m.nt. E.M. Meijers (*Staatsspoorwegen/Smit*).

49 Aan het geringe verschil in formulering van het criterium in *Haagsche Post/Ligterink* en *Staatsspoorwegen/Smit* ga ik hier gemakshalve voorbij.

50 In die zin ook Schut 1963, p. 86.

in *Kaufmann's Huidenhandel/Kalker Norden*,⁵¹ en in 1929, in *Intercueros/De Twentsche Bank*,⁵² ook bij aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. De Hoge Raad oordeelde dat slechts als de schade het “naar ervaringsregelen te verwachten” gevolg is van de onrechtmatige daad of van de wanprestatie, zij ook het rechtstreeks en onmiddellijk gevolg daarvan is. In latere arresten laat de Hoge Raad in het geval van onrechtmatige daad de voorwaarde van rechtstreeks en onmiddellijk gevolg gewoon weg.⁵³

52. Voor het geval van tekortschieten in de nakoming van een verbintenis ontstond zo een merkwaardige constellatie van beperkingen van de omvang van de schadevergoedingsverplichting. In het geval van ongekwalificeerd tekortschieten was deze verplichting op grond van art. 1283 (oud) BW begrensd tot schade die ten tijde van het aangaan van de overeenkomst voorzienbaar was of had kunnen worden voorzien, en op grond van art. 1284 (oud BW) gold bovendien, vanwege de besproken jurisprudentie, de begrenzing tot schade die het redelijkerwijs te verwachten gevolg was van het tekortschieten. In het geval van arglistig tekortschieten gold alleen deze laatste voorwaarde. Meijers sprak niet ten onrechte van een:

“wel zeer subtiel stelsel, hetwelk ook niet in de bedoeling van de ontwerpers van dit onderscheid [tussen de regeling voor de situatie van ongekwalificeerd tekortschieten en de regeling voor de situatie arglistig tekortschieten] gelegen heeft.”⁵⁴

53. Niet geheel duidelijk is wat de oorsprong van de door de Hoge Raad gebruikte formule van het redelijkerwijs of naar ervaringsregels te verwachten gevolg is. Scholten had verdedigd beslissend te maken of de onrechtmatige daad de mogelijkheid van het gevolg objectief heeft vergroot, Simons of de mogelijkheid bestond dat de schade zou ontstaan, was te voorzien of te duchten, en Zevenbergen of de schade kon worden voorzien. In *Haagsche Post/Ligterink* beoogde de Hoge Raad als gezegd de grenzen voor aansprakelijkheid te verruimen. Het spreekt op het eerste gezicht aan om de schadevergoedingsverplichting zich in ieder geval te laten uitstrekken tot de veroorzaakte schade die het redelijkerwijs te verwachten gevolg van een onrechtmatige daad of wanprestatie is, ook als niet kan worden gezegd dat die schade het rechtstreekse gevolg daarvan is. Waar de Hoge Raad in de latere arresten het criterium gebruikte om aansprakelijkheid te begrenzen, lijkt hij een aanzienlijk strengere maatstaf te hanteren dan Scholten, en ook een scherper criterium te gebruiken dan Simons. In de door de Hoge Raad gehanteerde term ‘verwachten’ ligt immers besloten dat er een behoorlijke kans was dat het

51 HR 18 november 1927, *NJ* 1928/123 m.nt. E.M. Meijers (*Kaufmann's Huidenhandel/Kalker Norden*). In deze zaak gebruikte de Hoge Raad het criterium om een schadebeperkingsplicht aan te nemen. Meijers schrijft: “De hier gegeven beslissing zal het rechtsgevoel van velen onbevredigd laten. Zij is ook m.i. onjuist.” Vgl. ook Bloembergen 1965, nr. 275 die de “omweg” van het adequatiecriterium in het kader van de schadebeperkingsplicht “gewrongen en weinig verhelderend” acht. Overigens gebeurde dit niet alleen in Nederland; Green 1927, p. 3 schrijft: “The attempt which common law courts have made to resolve every major problem of legal liability in tort into terms of causal relation marks the most glaring and persistent fallacy in tort law.”

52 HR 28 februari 1929, *NJ* 1929/905 m.nt. P. Scholten (*Intercueros/De Twentsche Bank*).

53 Zie voor een overzicht van rechtspraak Schut 1963, p. 86.

54 HR 18 februari 1927, *NJ* 1927/658 m.nt. E.M. Meijers (*Staatsspoorwegen/Smit*).

gevolg ook zou intreden,⁵⁵ terwijl Scholten en Simons dat niet lijken te verlangen. Het criterium van de Hoge Raad lijkt wel enigszins op dat van Zevenbergen.

Men zou overigens ook kunnen zeggen dat de Hoge Raad met dit criterium in wezen het in art. 1401 (oud) BW besloten liggende vereiste van schuld aan de schade, zowel voor onrechtmatige daad als wanprestatie, toepaste.⁵⁶

In § 2.3.3 bespreek ik nader dat dit criterium van de Hoge Raad aanmerkelijk strenger was dan hetgeen door de Duitse adequatietheoretici was verdedigd en ook aanmerkelijk strenger was dan de adequatiecriteria die door het Reichsgericht en later door het Bundesgerichtshof gehanteerd werden.

54. Dat het criterium van de Hoge Raad minder gelukkig was om aansprakelijkheid mee af te grenzen, bleek vrijwel dadelijk:

Ik geef twee voorbeelden. (1) In *Dubbele operatie*⁵⁷ veroorzaakte Teunissen op onrechtmatige wijze een aanrijding waarbij Nieuwveld voor 50% invalide geraakte. Na een operatie en massage-therapie werd het invaliditeitspercentage verminderd tot 15%. Teneinde het invaliditeitspercentage nog verder terug te brengen, besloot Nieuwveld een tweede operatie te laten plaatsvinden. Die operatie mislukte waardoor zijn invaliditeit weer tot 50% vermeerde. Was Teunissen ook aansprakelijk voor de schade die het gevolg is van de invaliditeit die door het mislukken van de tweede operatie is ontstaan? Het hof oordeelde van wel, en de Hoge Raad liet dat arrest in stand. (2) In de zaak *Haringstal*⁵⁸ parkeerde De Soet zijn auto op het Valkenboschplein in Den Haag op twaalf meter afstand van een haringkraam en liet de sleutel in het contactslot zitten met het portier onafgesloten. Gedurende de enkele minuten waarin De Soet een paar haringen koopt, maakte een minderjarige *joy rider* zich van zijn auto meester. In de buurt van Utrecht schoot deze *joy rider* met de auto door de middenberm en kwam in botsing met een tegenligger, een personenauto. Eén van de inzittenden van deze personenauto liep hierdoor zwaar lichamelijk letsel op. Het hof oordeelde dat het handelen van De Soet in strijd was met de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer betaamt, oordeelde het causale verband tussen de normschendende gedraging en de schade aanwezig en oordeelde De Soet aansprakelijk voor de schade. De Hoge Raad verwierp het cassatieberoep.

Was nu redelijkerwijs te verwachten dat Teunissen, na zijn bijna volledig herstel, zou besluiten tot een operatie en die operatie zou mislukken, met aanzienlijke invaliditeit tot gevolg? Was het redelijkerwijs te verwachten dat, met het enkele minuten onbeheerd achterlaten van een auto met de sleutel in het contactslot, een *joy rider* zich van de auto meester zou maken en in de buurt van Utrecht een ernstig verkeersongeval zou veroorzaken? Enigszins afhankelijk van de mate van waarschijnlijkheid die men in de voorwaarde van het redelijkerwijs te verwach-

55 Vgl. ook Meijers 1935, p. 554 die over deze maatstaf schrijft: "Dit wijst op een waarschijnlijkheid, die niet zooveel onder de 50 pCt. ligt."

56 Zo betoogden ook Meijers 1935, p. 554, 570 en Vigelius 1935, p. 845, 852. Zie over dit vereiste nader § 2.5.4.

57 HR 27 januari 1928, *NJ* 1928/417 m.nt. P. Scholten (*Dubbele operatie*); vergelijkbaar is HR 20 juni 1969, *NJ* 1969/374 m.nt. G.J. Scholten (*Zitman*).

58 HR 2 december 1966, *NJ* 1967/42 m.nt. G.J. Scholten (*Haringstal*).

ten gevolg leest, laat zich dit naar ik meen minder goed volhouden.⁵⁹ In ieder geval lijkt het criterium niet bepaald behulpzaam te zijn in deze gevallen.⁶⁰

2.3.3 De Duitse leer van de adequate veroorzaking

55. Leren over adequate veroorzaking zijn eind negentiende en begin twintigste eeuw ontwikkeld door diverse Duitse auteurs, waarvan Von Kries, Rümelin en Traeger de belangrijkste zijn.⁶¹ Het oorspronkelijke oogmerk van deze leren was om zuiver toevallig veroorzaakte gevolgen van een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis te onderscheiden van niet zuiver toevallig veroorzaakte gevolgen.⁶² Die niet zuiver toevallig veroorzaakte gevolgen noemde men adequaat veroorzaakt. Men maakte dit onderscheid vanuit de gedachte dat strafrechtelijke en civielrechtelijke aansprakelijkheid zich niet tot zuiver toevallig veroorzaakte gevolgen diende uit te strekken. Niet zuiver toevallig veroorzaakte, en dus adequaat veroorzaakte, gevolgen werden geïdentificeerd door te bepalen of de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis geldt als, in de woorden van Traeger, “*generell begünstigender Umstand eines Erfolgs von der Art des eingetretenen ist*”.⁶³

Von Kries gaf de volgende illustratie van een zuiver toevallig veroorzaakt gevolg. Een koetsbestuurder is dronken en wijkt daardoor af van de te volgen route. Op enig moment wordt de koets door de bliksem getroffen en raken de inzittenden gewond. Zou de bestuurder niet dronken zijn geweest en de normale route hebben gevolgd, dan zou de koets niet door de bliksem zijn getroffen en zouden de inzittenden niet gewond zijn geraakt.⁶⁴ Het door de koets getroffen worden door de bliksem is iets waarvan men zeggen kan: dat had in het algemeen evengoed zonder als met het verweten handelen kunnen gebeuren. Nu is het weliswaar ten gevolge van het verweten handelen gebeurd, maar dat is zuiver toeval: het onweer had zich evengoed boven de beoogde route kunnen bevinden.⁶⁵ Het dronken zijn van de bestuurder van een koets is niet een omstandigheid die in het algemeen de kans vergroot dat de bliksem in de koets inslaat.

De term adequaat gevolg had – als tegengesteld aan zuiver toevallig gevolg – een ruimere betekenis dan typisch of normaal gevolg. Traeger verduidelijkte:

“Den adäquate Verursachung ist nicht etwa gleich typischer, normaler Verursachung, adäquate Bedingung ist nicht eine solche die allgemein, normalerweise den Erfolg herbeiführt. Daß ein

59 In dezelfde zin Van Schellen 1985a, nr. 8 t/m 12.

60 Ook omdat een beschrijvingsprobleem ontstaat: moet ook worden voorzien dat de invaliditeit ontstaat door een tweede mislukte operatie, of is voldoende dat te voorzien is dat de aanrijding tot invaliditeit leidt? Zie hierover nader § 4.3.2.

61 Von Kries 1888 en Von Kries 1889; Rümelin 1896 en Rümelin 1900; en Traeger 1904. Beschrijvingen van deze theorieën zijn onder meer te vinden in Van Eck 1947, p. 59 t/m 64; Van Eikema Hommes 1972, p. 180 e.v.; Honoré 1983, p. 49 e.v.; Hart & Honoré 1985, p. 465 e.v.; Lange & Schiemann 2003, p. 82 e.v.; en Witjens 2011, p. 29 e.v.

62 Von Kries 1888, p. 202, 203, 224; Rümelin 1896, p. 44 t/m 53; Traeger 1904, p. 224.

63 Traeger 1904, p. 159. Vergelijkbare formuleringen worden gebruikt door Von Kries 1888, p. 181 en 202 en door Rümelin 1900, p. 19.

64 Von Kries 1888, p. 201.

65 Hier rijst wel de vraag hoe ver men moet gaan in de generalisering: gaat het erom dat het enkele slapen door de koetsier in het algemeen niet de kans op blikseminslag in de koets vergroot, of gaat het erom of het slapen door de koetsier, waardoor het langer duurt voordat de bestemming wordt bereikt terwijl onweer op komst is, de kans op blikseminslag in de koets vergroot. Zie hierover: § 11.4.

*Mensch am Wundfieber stirbt, ist keineswegs der normale Verlauf einer Verwundung; dennoch kann sich die Verletzung als adäquate Bedingung des Todes darstellen.*⁶⁶

Over de precieze invulling van de aan te leggen maatstaf om adequate van zuiver toevallige gevolgen te onderscheiden, zijn diverse opvattingen verdedigd. Tame-lijk open werd door de verschillende auteurs gelaten welke kansverhoging mini-maal vereist werd om te kunnen spreken van een adequaat veroorzaakt gevolg.⁶⁷ Traeger verlangde bijvoorbeeld een verhoging van de kans op “*nicht unerheblicher Weise*”⁶⁸

Wezenlijk voor de beoordeling van de kansverhoging is verder welke kennis hierbij tot uitgangspunt wordt genomen. Op dit punt liepen de meningen van de diverse auteurs uiteen. Von Kries – die bij de ontwikkeling van zijn theorie met name het strafrecht op het oog had – bepleitte beslissend te laten zijn een subjec-tieve prognose van de laedens ten tijde van de gedraging van de kans op de scha-de zoals geleden.⁶⁹ Rümelin zag meer in het bepalen van de kans aan de hand van de feiten zoals deze objectief ten tijde van de aansprakelijkheidscheppende ge-beurtenis lagen; ook feiten die eerst achteraf bekend waren geworden, dienden volgens hem bij de kansbepaling te worden betrokken.⁷⁰ Traeger nam een tussen-positie in en verdedigde het beoordelen van de kansverhoging vanuit het stand-punt van “*des erfahrensten und einsichtigsten Mensch*” ten tijde van de gedra-ging.⁷¹ Deze verschillende opvattingen leidden tot niet onaanzienlijke verschillen in resultaat. Ik werk dat hier niet verder uit.⁷²

56. Op basis van deze theorievorming gingen in Duitsland het Reichsgericht en later het Bundesgerichtshof de volgende criteria hanteren. Het Reichsgericht ver-langde vanaf 1912 “*daß die objektive Möglichkeit eines Erfolges von der Art. des eingetretenen allgemein erleichtert oder begünstigt wird*”.⁷³ Het Bundesgerichts-hof zette deze lijn na de Tweede Wereldoorlog voort en oordeelde in 1952: “*Eine Begebenheit ist adäquate Bedingung eines Erfolges, wenn sie die objektive Möglichkeit eines Erfolges von der Art. des eingetretenen generell in nicht unerheblicher Weise erhöht hat*.”⁷⁴ Deze criteria sluiten nauw aan bij de door de ade-quatietheoretici gehanteerde criteria en de daaraan ten grondslag liggende ge-dachte dat een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis niet aansprakelijk dient te maken voor daardoor zuiver toevallig veroorzaakte gevolgen. Het hanteren

66 Traeger 1904, p. 161.

67 Von Kries 1888, p. 202, 215 t/m 222; Rümelin 1896, p. 44 t/m 53.

68 Traeger 1904, p. 165, maakt onder verwijzing naar Von Kries, ook duidelijk dat de grens niet scherp getrokken kan worden en dat het uiteindelijk aankomt op “*die Werturteile und Willensentscheidungen der Praxis*”.

69 Von Kries 1888, p. 229. Opgemerkt zij, zoals Van Schellen 1985, p. 4 terecht schrijft, dat wanneer het doel is om de laedens te straffen in plaats van te bepalen wat de omvang van zijn vergoedingsverplichting is, voor de hand ligt een engere grens aan te brengen.

70 Rümelin 1896, p. 44 t/m 53; Rümelin 1900, p. 54. Rümelin 1900, p. 130 brengt op deze toets dan nog “*einer Billigkeitsmodification*” aan: geen rekening dient volgens Rümelin gehouden te worden met feiten die uitsluitend in ruimtelijk-tijdelijke betrekking tot de gedraging staan en neigingen of besluiten van andere mensen voor zover men daar onmogelijk rekening mee kon houden.

71 Traeger 1904, p. 161.

72 Zie voetnoot 61 van dit hoofdstuk voor verwijzingen naar bronnen waar deze theorieën en tevens de verschillen daartussen nader worden besproken.

73 RG 15 februari 1913, *RGZ* 81, 359; zie hierover ook Lange & Schieman 2003, p. 86. Dit criterium gaf geen wezenlijke begrenzing van aansprakelijkheid (Lange 1957, p. 118; Lange & Schieman 2003, p. 91). Zie nader § 11.4.

74 BGH 23 oktober 1951, *BGHZ* 3, 261.

van deze criteria stuitte, anders dan de door de Hoge Raad te onzent gehanteerde maatstaf, overigens op de kritiek dat daarmee aansprakelijkheid nauwelijks begrensd werd.⁷⁵

Het criterium dat de Hoge Raad vanaf *Haagsche Post/Ligterink* ging hanteren sloot niet goed aan bij de ratio van de in Duitsland ontwikkelde leren van adequate veroorzaking en ook niet bij de criteria die het Reichsgericht en later het Bundesgerichtshof hanteerden.⁷⁶ Honoré schrijft in zijn omvangrijke rechtsvergelijkende studie uit 1983 dat alleen in Nederland en Polen de voorzienbaarheidsleer als bijzondere interpretatie van de adequatieleer, met een “*vaguer*” criterium, heersend is geworden.⁷⁷ Waar het door de Hoge Raad gehanteerde criterium met de term adequatieleer wordt aangeduid en erop wordt gewezen dat die leer uit Duitsland afkomstig is,⁷⁸ wekt dat gelet op het voorgaande de onjuiste suggestie dat het door de Hoge Raad gehanteerde criterium berustte op grondige Duitse theorievorming.

2.4 Causaliteitsleer of aansprakelijkheidsleer?

57. Het denken in tamelijk obscure causaliteitsnoties (oorzaak versus aanleiding, werkelijke oorzaak versus door iets anders veroorzaakt) zoals dat in de negentiende eeuw gebeurde, maakte in het begin van de twintigste eeuw plaats voor het onderscheiden van feitelijke causaliteit en het vereiste dat de schade kan gelden als het naar ervaringsregels redelijkerwijs te verwachten gevolg van de onrechtmatige daad of van de wanprestatie.

58. De meeste auteurs die over het onderwerp schreven begonnen zich te realiseren dat het bij die tweede eis in het geheel niet om een causaliteitskwestie ging. Treffend schreef Zevenbergen in 1917:

*“Intusschen, men kan toch moeilijk de oogen sluiten voor het feit, dat het verantwoordelijk-zijn voor de (veroorzaakte) gevolgen, nu eenmaal iets anders is, dan het veroorzaken dier gevolgen. (...) De leer der condicio sine qua non, als leer der veroorzaking, is theoretisch de enige juiste (...) de leer der adaequate veroorzaking [heeft] met het leerstuk der causaliteit niets (...) uit te staan. (...) Het beginsel der adaequiteit is een nadere voorwaarde voor de aansprakelijkheid.”*⁷⁹

Uitgaande van deze opvatting stelde Zevenbergen zich de vraag welke veroorzaakte schade kan worden “*toegerekend*”.⁸⁰ De opvatting van Zevenbergen werd vervolgens ook door Van Brakel,⁸¹ Vigelius,⁸² Meijers⁸³ en Losecaat Vermeer⁸⁴

75 Lange 1957, p. 114 t/m 136; Lange & Schiemann 2003, p. 91.

76 Meijers 1935, p. 554 wees hierop, ten aanzien van het criterium dat het Reichsgericht hanteerde, terecht.

77 Honoré 1983, p. 56, 57. Overigens is ook in de Duitse literatuur de voorzienbaarheidsleer wel als mogelijke interpretatie van de leer van de adequate veroorzaking genoemd, zie Lange & Schiemann 2003, p. 83 en Koziol 2012, p. 272.

78 Zoals in onze literatuur gebruikelijk was, zie bijvoorbeeld Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2009, nr. 55. In latere drukken is de behandeling van de leer van de adequate veroorzaking aanzienlijk ingekort.

79 Zevenbergen 1917, p. 46, 66, 69, 71.

80 Zevenbergen 1917, p. 46, 69, 71.

81 Van Brakel 1934a, nr. 12702/1; Van Brakel 1948, p. 613.

82 Vigelius 1935, p. 845, 852.

83 Meijers 1935, p. 554, 570.

84 Asser/Losecaat Vermeer 3-I 1939, p. 202, 203; Asser/Losecaat Vermeer & Rutten 3-I 1958, p. 217, 218.

verdedigd,⁸⁵ en later ook door Köster,⁸⁶ Schoordijk⁸⁷ en Langemeijer⁸⁸ aangehangen. Vigelius schreef beeldend dat de adequatie-eis een nadere voorwaarde voor aansprakelijkheid is die “*onder de dekmantel der causaliteit* [art. 1401 (oud) BW wordt] *binnengesmokkeld*”.⁸⁹ Meijers en Vigelius bepleitten om de adequatie-eis in te bedden in het door art. 1401 (oud) BW gestelde vereiste van schuld aan de schade.⁹⁰ Losecaat Vermeer betoogde in het Asser-deel over het verbintenissenrecht dat helderder is om de aanvullende eisen aan aansprakelijkheid, waaronder de adequatie-eis, buiten art. 1401 (oud) BW om te stellen.⁹¹

Enkele andere auteurs meenden dat het recht een eigen causaliteitsbegrip kent. Deze auteurs bedoelen hiermee niet alleen dat het causaliteitsvereiste zoals dat door verschillende aansprakelijkheidsgrondslagen wordt gesteld, dient te worden uitgelegd en dat uiteindelijk een juridische aangelegenheid is; dat is iets wat door geen enkele auteur wordt betwist. Deze auteurs gingen verder en meenden dat het recht een zekere eenvormige eigen causaliteitsnotie kende waarin zowel de feitelijke causaliteit als de, in de latere gebruikelijk geworden terminologie, toerekeningsproblematiek is begrepen. Tot heldere, bruikbare theorievorming heeft dit mijns inziens niet geleid. Op deze tamelijk marginale opvatting ga ik niet verder in.⁹²

59. In § 2.6.3 zullen wij zien dat het driemanschap in zijn ontwerp voor boek 6 van het burgerlijk wetboek de opvatting van de eerstgenoemde auteurs volgde en het de toets waarin de waarschijnlijkheid en voorzienbaarheid van de schade beslissend werd gemaakt, geheel losmaakte van het causaliteitsvereiste.

2.5 De relativiteitsleer en drie andere theorieën over begrenzing van aansprakelijkheid

2.5.1 Inleiding

60. Aan het begin van de twintigste eeuw kregen diverse auteurs oog voor de mogelijkheid dat een onrechtmatige daad schade veroorzaakt, terwijl dezelfde schade, onder andere omstandigheden, met eenzelfde gedraging rechtmatig kan

85 In de Duitstalige en Engelstalige literatuur is eenzelfde verschijnsel zichtbaar: zie Von Caemmerer 1956, p. 12; Lange 1957, p. 115; Lorenz 1999, p. 253; en Koziol 2012, p. 271. Zie ook: Cane 2002, p. 129; Stapleton 2001, p. 146; Stapleton 2003, p. 411; Stapleton 2008, p. 80; Wright 1988, p. 1011 e.v.; Wright 2001, p. 1080 e.v.; Wright 2008, p. 165. Een uitzondering vormen Hart & Honoré 1985 die gepoogd hebben om uit het gebruik van causale termen in het normale spraakgebruik causale problemen te onderscheiden van problemen van ‘policy’. Dat deze opzet niet geslaagd is, wordt mijns inziens aangetoond door Stapleton 2001, p. 158 t/m 166 en Wright 2008, p. 165 t/m 180.

86 Köster 1963, p. 15.

87 Schoordijk 1979, p. 235.

88 Langemeijer 1981, p. 120.

89 Vigelius 1935, p. 852.

90 Zie nader § 2.5.4.

91 Asser/Losecaat Vermeer 3-I 1939, p. 202, 203. Het betoog is aanvankelijk door Rutten gehandhaafd in Asser/Losecaat Vermeer & Rutten 1958 3-I, p. 218.

92 Zie Wolfsbergen 1927, p. 463 e.v. en Wolfsbergen 1946, p. 19 e.v.; Dooyeweerd 1928 en Dooyeweerd 1950, Schut 1963, p. 70 en Van Eikema Hommes 1975, p. 91 e.v. Van Schellen 1972 heeft zijn dissertatie *Juridische causaliteit* genoemd en hangt de opvattingen van Wolfsbergen aan, maar verdedigt (p. 126, 127) uiteindelijk de leer van de redelijke toerekening waarin het volgens hem aankomt op de “*billijkheid in concreto*”.

worden toegebracht en het toebrengen van die schade dan normaal wordt geacht en maatschappelijk geaccepteerd is.

Ik geef drie voorbeelden uit de literatuur van die tijd. (1) Een fabriek wordt opgericht zonder de op grond van de Hindervedwet benodigde vergunning. Zou de benodigde vergunning zijn aangevraagd, dan zou zij zonder problemen zijn verkregen. Geeft het verzuim om een vergunning te vragen degenen die schade ondervinden van de fabriek aanspraak op vergoeding daarvan?⁹³ (2) Een winkelier verkoopt margarine van een bepaald geliefd merk, zonder dat hij tot het voeren van dat merk gerechtigd is. Kunnen andere winkeliers uit de buurt, die andere margarinesoorten verkopen, aanspraak maken op schadevergoeding?⁹⁴ (3) Een auto wordt bestuurd door een bekwaam bestuurder die niet over een rijbewijs beschikt. Zonder dat de bestuurder verder iets te verwijten valt, ontstaat een aanrijding. Is de bestuurder gehouden de schade te vergoeden?⁹⁵

In deze gevallen is steeds sprake van een onrechtmatige daad en van causaal verband tussen die daad en de schade. Dat de *onrechtmatige daad* tot schade leidt is daarbij niet bijzonder of opmerkelijk. Wel lijkt tussen de *onrechtmatigheid* van de daad en de schade een zeker toevalsverband te bestaan: dezelfde schade had evengoed ook op rechtmatige wijze toegebracht kunnen worden.

De auteurs die over deze problematiek schreven, meenden in het algemeen dat het niet redelijk zou zijn om de schadevergoedingsverplichting zich te laten uitstrekken tot dergelijke schade. Scherp verschil van inzicht bestond echter over wat de meest gelukkigste manier was om, binnen de mogelijkheden die art. 1401 (oud) BW bood, tot die uitkomst te geraken. Een viertal theorieën ontstond: de relativiteitsleer, de leer Smits, de leer van de schuld aan de schade en de leer van Demogue-Besier.⁹⁶ Deze leren bespreek ik in het navolgende.

2.5.2 *De betekenis van de strekking van de norm en de relativiteitsleer*

61. Van Geleijn Vitranga gaf in 1919 een eerste aanzet voor de analyse van het probleem dat zich in de in nr. 60 besproken casus voordoet:

*“Elk wettelijk voorschrift beoogt de bescherming van zekere belangen, maar vaak werkt het daarenboven in op verschillende belangen van geheel andere aard.”*⁹⁷

De wetgever kan een gedraging verbieden omdat die gedraging soms, vaak of altijd tot bepaalde schade leidt. Mogelijk is echter dat diezelfde gedraging tot schade leidt die de wetgever niet beoogde te voorkomen en waarvan, bovendien, het toebrengen in het algemeen acceptabel geacht wordt. Men zou kunnen zeggen dat het verbieden van een gedraging om een bepaalde reden, aldus als bijproduct heeft dat ook andere schade onrechtmatig kan worden toegebracht; het verbod werkt *“daarenboven in op verschillende belangen van geheel andere aard”*.⁹⁸

93 Van Geleijn Vitranga 1919, p. 31, 32; Telders 1929a, p. 169; Wolfsbergen 1929, p. 474; Wertheim 1930, p. 131.

94 Telders 1929a, p. 169; Wolfsbergen 1929, p. 474; Smits 1938, p. 491.

95 Telders 1929a, p. 169; Wolfsbergen 1929, p. 474; Vigelius 1935, p. 839.

96 Zie over deze leren, met uitzondering van de leer Smits, ook Lankhorst 1992a, p. 49 t/m 74 en over de leer Smits en de leer van Demogue-Besier Den Hollander 2016, p. 90 t/m 98.

97 Van Geleijn Vitranga 1919, p. 29.

98 Vgl. hierover ook Van Dam 1989, nr. 73.

Uitgaande van deze analyse dringt de oplossing zich vrijwel dadelijk op. Van Gelein Vitringa liet zich bovendien inspireren door het Duitse Bürgerliches Gesetzbuch. Op grond van § 823 lid 2 BGB was degene “welcher gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt” gehouden om aan die ander zijn daaruit ontstane schade te vergoeden. Niet eenieder had volgens deze bepaling aanspraak op schadevergoeding ingeval van schending van de wet; alleen degenen die door de wet beschermd werden.⁹⁹ Van Gelein Vitringa kwam zo tot de opvatting:

“Stellig moet dit voorbehoud worden gemaakt, dat het belang, waaraan de schade is toegebracht, tevens is het belang, tot bescherming waarvan het overtreden rechtsvoorschrift strekt.”¹⁰⁰

Dit te maken voorbehoud liet zich echter niet eenvoudig in art. 1401 (oud) BW lezen. Van Gelein Vitringa kwam aldus voor de moeilijkheid te staan in welk vereiste dit voorbehoud ingebed kon worden. De oplossing vond hij vooral in de toets voor het causale verband (op dezelfde wijze als bij de in § 2.5.5 te bespreken leer van Demogue-Besier):

Na te constateren dat met de Hinderwet niet beoogd is te beschermen tegen schade die ontstaat als een inrichting aan alle redelijk eisen voldoet, betoogde Van Gelein Vitringa dat een verzuim om een vergunning voor die inrichting aan te vragen, die niet geweigerd had kunnen worden indien zij zou zijn aangevraagd, niet leidt tot een verplichting tot schadevergoeding. *“De oplossing ligt, meen ik, hierin, dat (...) welbeschouwd, elk verband ontbreekt tusschen de onrechtmatigheid der handeling en de schade, die zij veroorzaakt. Niet het oprichten van een fabriek is onrechtmatig, maar dat doen zonder vergunning der overheid. Op het ontstaan en omvang der schade echter heeft het al of niet ontbreken der vergunning niet den minsten invloed.”¹⁰¹*

Hoe het voorbehoud waarin de strekking van de geschonden norm een belangrijke rol speelt en deze causale constructie in het algemeen met elkaar samenhangen, verklaarde Van Gelein Vitringa niet. Een enkele keer zocht Van Gelein Vitringa in zijn publicatie overigens de oplossing in het door art. 1401 (oud) BW gestelde vereiste van de schuld aan de schade (zie over dat vereiste nader § 2.5.4):

“Het artikel [1401 (oud) BW] spreekt van schade, veroorzaakt door schuld. Den dader moet het verwijt treffen, dat hij schade toebrengt. Nu kan men hem, die onbevoegd de geneeskunst uitoefent, misschien veel verwijten en zeker, dat hij een wettelijk verbod ter bescherming van de

99 In § 823 lid 1 BGB was overigens de schadevergoedingsverplichting in het geval van een inbreuk op een recht van een ander beperkt tot de schade van de rechthebbende. Vermeldenswaard is ook dat het Reichsgericht in 1891, en dus al vóór de inwerkingtreding van het BGB in 1900 en ook vóór de totstandkoming van het tweede ontwerp in 1895 waarin § 823 lid 2 in de uiteindelijke vorm was opgenomen, deze gedachte toepast om aansprakelijkheid in het geval van tekortschieten in een overeengekomen verplichting te begrenzen; zie nader nr. 379.

100 Van Gelein Vitringa 1919, p. 29. Waar volgens de bewoordingen van § 823 lid 2 BGB de vraag is of een bepaalde persoon door een wetsbepaling beschermd wordt, spitste Van Gelein Vitringa dit nog verder toe door zijn voorbehoud te laten zien op het belang waaraan de schade is toegebracht.

101 Van Gelein Vitringa 1919, p. 33. Vgl. ook p. 31 *“De schade vloeit voort alleen uit de concurrentie [toegebracht door onbevoegde uitoefening van de geneeskunst] en zou allicht even groot zijn, indien ook de concurrent bevoegd was tot uitoefenen der geneeskunst”* en p. 34 *“Ook hier [in het geval van versperring van de openbare weg] is het onrecht het handelen zonder verlof der overheid, welk element echter tot de schade, die de versperring veroorzaakt, toe- noch afdoet.”*

*volksgezondheid overtreedt, maar men kan, naar ons recht moeilijk hem er een grief van maken, dat hij zijn gestudeerden collega het brood uit den mond stoot.*¹⁰²

Indien dus met de norm niet beoogd is een bepaald belang te beschermen, kan men de laedens, ondanks dat zijn onrechtmatige daad leidde tot schade aan dat belang, niet *verwijten* die schade te hebben veroorzaakt. Van Geleijn Vitringa relativeerde dus niet de onrechtmatigheid, maar bracht zijn strekkingsvoorbehoud tot uitdrukking via andere door art. 1401 (oud) BW gestelde vereisten.¹⁰³

62. In *De Marchant et d'Ansembourg/Staat*¹⁰⁴ aanvaardde de Hoge Raad – met Van Geleijn Vitringa als meewijzende raadsheer¹⁰⁵ – het strekkingsvoorbehoud. Ook de Hoge Raad werd daarbij voor de moeilijkheid geplaatst hoe dit voorbehoud in art. 1401 (oud) BW diende te worden ingebed. Opvallend is dat het hof in deze zaak, zoals eerder door Van Geleijn Vitringa bepleit, een causale constructie had gekozen.

In deze zaak had de Staat een besluit genomen waarvan het ontwerp niet eerst, zoals door art. 12 Onteigeningwet werd verlangd, ter inzage was gelegd. Het besluit was daarom onrechtmatig. Zou het besluit niet zijn genomen dan zou, zo voerde *De Marchant et d'Ansembourg* aan, zijn schade niet zijn ontstaan. Het hof oordeelde echter dat als het ontwerpbesluit wel ter inzage zou zijn gelegd, het besluit evengoed zou zijn genomen en de beweerde schade dan evengoed zou zijn ontstaan. Om die reden ontbrak naar zijn oordeel het vereiste causale verband. “[H]et onrechtmatig element [het niet ter inzage leggen van het ontwerpbesluit] brengt”, in de woorden van Van Geleijn Vitringa, “de schade niet toe”.¹⁰⁶

De Hoge Raad oordeelde dat het hof op een verkeerde wijze had getoetst of het causale verband aanwezig is,¹⁰⁷ maar de Staat evengoed niet aansprakelijk was omdat de strekking van de geschonden norm niet is *De Marchant et d'Ansembourg* te beschermen tegen de schade zoals door hem geleden. Om die reden zag *De Marchant et d'Ansembourg* naar het oordeel van de Hoge Raad in de schending van de norm “ten onrechte (...) een onrechtmatige daad in den zin van art. 1401 B. W.”. De onrechtmatigheid komt in deze benadering dus te ontbreken waar de geschonden norm niet strekt tot bescherming van het belang waarin de schade is geleden.

Deze constructie bleek al spoedig te grof omdat de Hoge Raad geconfronteerd werd met casus waarin duidelijk was dat naast de claimende gelaedeerde, die niet door de norm werd beschermd, een ander nog wel aanspraak kon hebben op vergoeding van door de normschendende gedraging geleden schade. Het ge-

102 Van Geleijn Vitringa 1919, p. 31. Zie Van Geleijn Vitringa 1919, p. 37.

103 Ook Den Hollander 2016, p. 49 wijst erop dat Van Geleijn Vitringa het strekkingsvoorbehoud nog niet in het onrechtmatigheidsvereiste inbedde; ten onrechte meent Den Hollander echter dat Van Geleijn Vitringa überhaupt niet duidelijk maakte hoe het strekkingsvoorbehoud in art. 1401 (oud) BW ingepast diende te worden.

104 HR 25 mei 1928, *NJ* 1928/1688 m.nt. E.M. Meijers (*De Marchant et d'Ansembourg/Staat*).

105 Van Maanen 2013, p. 156 schrijft dat uit door hem verricht archiefonderzoek blijkt dat de concepten van dit arrest van de hand van Van Geleijn Vitringa zijn.

106 In deze casus blijkt dat voor de vraag of causaal verband bestaat van belang is wat men als de onrechtmatige daad ziet: het besluit waaraan een totstandkomingsgebrek kleefde, of het niet ter inzage leggen van het ontwerpbesluit. Het besluit als geheel is wel causaal voor de schade, het niet ter inzage leggen van het ontwerp is dat niet. Deze problematiek behandel ik nader in hoofdstuk 6.

107 De Hoge Raad geeft daarbij een voor mij tamelijk duistere motivering. Op deze opvatting is de Hoge Raad inmiddels in diverse arresten teruggekomen, zie nader nr. 293.

heel ontkennen van de onrechtmatigheid van die gedraging is dan niet meer mogelijk: dan zou immers ook geen grond meer bestaan voor de aanspraak op schadevergoeding van die ander. De Hoge Raad nuanceerde kennelijk daarom de dogmatische inbedding van het strekkingsvoorbehoud: in plaats van de onrechtmatigheid van de gedraging geheel te ontkennen in het geval de geschonden norm niet strekt tot bescherming van de gelaedeerde en zijn schade, oordeelde de Hoge Raad dat in zo'n geval niet onrechtmatig "tegenover"¹⁰⁸ of "jegens"¹⁰⁹ de gelaedeerde is gehandeld. De relatieve onrechtmatige daad, die bestond in een gedraging in strijd met een wettelijke plicht, ontstond op die manier.¹¹⁰ De Hoge Raad oordeelde vervolgens dat ook de rechtsinbreuk slechts relatieve werking had¹¹¹ en dat hetzelfde gold voor normen van ongeschreven recht.¹¹² In § 2.6.3 zullen we zien dat het driemanschap dat het ontwerp voor boek 6 BW ontwierp, inzag dat deze jegens-constructie ook nog te grof was en daarom voor het strekkingsvoorbehoud een bijzondere bepaling ontwierp.

2.5.3 De leer Smits

63. Een andere oplossing voor het probleem van de in nr. 60 besproken casus werd kort voor de Tweede Wereldoorlog geboden door P.H. Smits.¹¹³ Smits' benadering loopt, net als de relatieve onrechtmatige daad, via het onrechtmatigheidsvereiste van art. 1401 (oud) BW. Laatstgenoemd artikel bepaalde, anders dan ons huidige art. 6:162 BW, niet wat een onrechtmatige daad was. De Hoge Raad had in 1919, in *Lindenbaum/Cohen*,¹¹⁴ geoordeeld dat, naast de inbreuk op een recht en het handelen of nalaten in strijd met een rechtsplicht, ook onrechtmatig is een handelen of nalaten dat "indruischt, hetzij tegen de goede zeden, hetzij tegen de zorgvuldigheid, welke in het maatschappelijke verkeer betaamt ten aanzien van eens anders persoon of goed". De kerngedachte van Smits was om slechts dergelijk handelen of nalaten als onrechtmatig aan te merken. In de beoordeling of van zo'n onrechtmatige daad sprake was, zou het gegeven dat de gedraging kwalificeert als rechtsinbreuk of in strijd is met een wettelijke norm wel een factor vormen, maar niet op zichzelf meebrengen dat de gedraging onrechtmatig is. Smits schreef voor de gedraging in strijd met de wet:

*"Gaat men aldus te werk dan toetst men de onrechtmatigheid der overtredingshandeling ten aanzien van het daardoor gelaedeerde belang niet (enkel) aan het in de overtreden wetsbepaling vervatte verbod, doch men 'herwaardeert' deze gedraging met het oog op de belangenschending (...) door de aansprakelijkheid van den wetsovertreder afhankelijk te maken van het antwoord op de vraag of hij, onder de gegeven omstandigheden, met het oog op de voorzienbare gevolgen (...) deze wetsovertreding had behooren na te laten."*¹¹⁵

108 HR 28 februari 1929, *NJ* 1929/905 m.nt. E.M. Meijers (*Intercueros/De Twentsche Bank*) en HR 24 mei 1935, *NJ* 1935/1497 m.nt. E.M. Meijers (*Cuyck/Van Lent*).

109 HR 24 januari 1930, *NJ* 1930/299 m.nt. E.M. Meijers (*Vonk/De Overijsselsche*).

110 Het relatief maken van de onrechtmatige daad aan de hand van de strekking van de geschonden norm was overigens niet nieuw; in ieder geval Ehrenzweig had dit verband in zijn in 1920 gepubliceerde *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts* (p. 45) ook al gelegd.

111 HR 14 maart 1958, *NJ* 1961/570 (*Spitfire*).

112 HR 11 maart 1937, *NJ* 1937/899 (*Holdisco*).

113 Smits 1938, p. 433 e.v.; Smits 1940, p. 373 e.v.

114 HR 31 januari 1919, *NJ* 1919/161 (*Lindenbaum/Cohen*).

115 Smits 1938, p. 491.

Smits schroefde aldus de aan een onrechtmatige daad te stellen eisen op om, in zijn woorden, “aan ongerechtvaardigde aansprakelijkheid op grond der gegeven wetsovertreding te ontkomen”.¹¹⁶

64. De drie in nr. 60 genoemde casus laten zich met deze leer inderdaad eenvoudig oplossen. In bijvoorbeeld de eerste casus kan men zeggen dat het oprichten van een fabriek zonder vergunning wel in strijd is met het wettelijk verbod om zonder vergunning een fabriek op te richten, maar dat oprichten niet in strijd is met een norm van ongeschreven recht, en dus niet onrechtmatig, zolang dat oprichten op zodanige wijze gebeurt dat wel een vergunning kan worden verkregen die het oprichten zou dekken.

65. Smits was van mening dat door toepassing van zijn leer overbodig zou zijn om de strekking van de geschonden norm door uitleg van die norm te achterhalen. Niettemin was ook in zijn benadering de onrechtmatige daad relatief; maar de relativiteit van de onrechtmatige daad werd in zijn opvatting niet door de strekking van de geschonden norm beheerst.¹¹⁷ Over de relativiteit van een onrechtmatige daad, die in Smits' benadering als gezegd steeds bestond in de schending van een ongeschreven norm, schreef Smits:

*“Een gedraging, welke een ongeschreven verkeersnorm overtreedt is daardoor niet in het algemeen en tegenover een elk onrechtmatig. (...) Men moet daarbij de relatie tusschen de norm en de bepaalde persoon of personen niet aldus denken, dat men uitgaat van een ongeschreven norm, welke men als een gereedliggende regel kan uitleggen met het oog op haar strekking een ruimeren of engeren kring van personen te beschermen (...). De relatie is gegeven doordat het onrechtmatigheidsoordeel, verkregen door toetsing aan een ongeschreven verkeersnorm, zich beperkt tot het bijzondere verband waarin in concreto deze norm gedacht is: de voorzienbaarheid der belangenschending met het oog waarop de ongeschreven verkeersnorm is opgesteld.”*¹¹⁸

De ongeschreven norm was aldus naar haar aard steeds gericht op de bescherming van een bepaald belang. Op welk belang die norm was gericht, ontdekte men volgens Smits niet door haar uit te leggen. Op welk belang die norm was gericht, werd volgens hem duidelijk bij de constructie van de norm: de norm laat men bestaan omdat een bepaalde belangenschending voorzienbaar is. Waar de ongeschreven norm in belangrijke mate erop berustte dat sprake was van een rechtsinbreuk, dan gold volgens Smits in beginsel overigens dat het onrechtmatigheidsoordeel niet verder kon reiken dan de rechthebbende.¹¹⁹

116 Smits 1938, p. 491.

117 Smits 1938, p. 447, 470. Smits 1938, p. 446, 447 wees erop dat ook in het BGB de relativiteit van de onrechtmatige daad en het uitleggen van de strekking gescheiden zijn omdat volgens § 823 lid 1 BGB een rechtsinbreuk slechts de rechthebbende aanspraak geeft op schadevergoeding en deze relativering reeds in het eerste ontwerp aanwezig was, en dus voordat in het tweede ontwerp in § 823 lid 2 BGB de regel over de betekenis van de strekking van het geschonden wetsvoorschrift werd neergelegd.

118 Smits 1938, p. 478.

119 Smits 1938, p. 472.

66. De Hoge Raad lijkt deze leer vooral onder het vorige burgerlijk wetboek veelvuldig te hebben toegepast.¹²⁰ Onder het huidige burgerlijk wetboek lijkt de Hoge Raad haar voor de inbreuk op een recht te hebben verworpen.¹²¹ De schending van een wettelijke verplichting laat hij echter niet steeds, ook als geen sprake is van een rechtvaardigingsgrond, onrechtmatig zijn.¹²²

2.5.4 De leer van de schuld aan de schade

67. Een nauw aan de leer Smits verwante leer is de leer van de schuld aan de schade. Art. 1401 (oud) BW legde de verplichting tot schadevergoeding op “*den-genen door wiens schuld die schade veroorzaakt is*”. In deze woorden liet zich betrekkelijk eenvoudig het vereiste lezen dat schuld aan de schade dient te bestaan. In het vereiste van schuld aan de schade onderscheidde Meijers¹²³ in 1935 twee componenten: noodzakelijk is dat de pleger van de onrechtmatige daad de schade zoals geleden heeft kunnen voorzien, terwijl de pleger van de onrechtmatige daad zich bovendien juist met het oog op die schade anders had dienen te gedragen. Slechts voor zover daarvan sprake is, diende volgens Meijers de schade te worden vergoed.

De eerste component – was de schade zoals geleden te voorzien – maakte dat Meijers van oordeel was dat het door de Hoge Raad gehanteerde criterium of de schade het redelijkerwijze te verwachten gevolg van de onrechtmatige daad was, goed ingebed kon worden in het vereiste van schuld aan de schade (in plaats van in het causaliteitsvereiste). Vanwege de tweede component – diende juist met het oog op die te voorziene en geleden schade anders gehandeld te worden – kon met het vereiste van schuld aan de schade bovendien casus van de in nr. 60 besproken soort tot een oplossing worden gebracht. In bijvoorbeeld de eerste casus kan men zeggen dat voor zover schade ontstaat door het oprichten van een fabriek waarvoor de op grond van de Hinderwet vereiste vergunning gegeven had kunnen worden, geen schuld aan de schade bestaat: de oprichter had immers niet met het oog op de schade die evengoed zou ontstaan als wel een vergunning verleend was zich van dat oprichten zonder vergunning dienen te onthouden.

120 Het vereiste laat zich lezen in: HR 22 mei 1953, *NJ* 1953/647 m.nt. Ph.A.N. Houwing (*De Nederlandsche Lloyd Ongevallen/West-Indische Bananen Import Compagnie*); HR 17 december 1954, *NJ* 1955/85 m.nt. L.E.H. Rutten (*Eerste Rotterdamse Mij van Verzekering tegen Ongevallen/Houtman*); HR 23 november 1956, *NJ* 1957/2 m.nt. L.E.H. Rutten (*W.J. de B./E. de J.*); HR 16 februari 1973, *NJ* 1973/463 m.nt. L.J. Hijmans van den Bergh (*Maas/Willems*); HR 25 september 1981, *NJ* 1982/315 m.nt. C.J.H. Brunner (*Breda/Nijs*); HR 27 januari 1984, *NJ* 1984/536 m.nt. W.C.L. van der Grinten (*Verstekeling*); HR 22 april 1994, *NJ* 1994/624 m.nt. C.J.H. Brunner (*Taxusstruik*).

121 HR 12 maart 2004, *NJ* 2009/549 m.nt. P.B. Hugenholtz (*XS4all/Ab.Fab*) en HR 14 oktober 2005, *NJ* 2007/270 (*Unocal/Conoco*).

122 Met name in zaken waarin gehandeld wordt in strijd met een verbod en dat verbod niet van kracht is wanneer men over een vergunning beschikt, zie nader § 9.2, en tevens in het geval van de overschrijding van een wettelijke beslistermijn door een bestuursorgaan, zie nr. 269.

123 Meijers 1935, p. 551 e.v. Zie ook Vigelius 1935, p. 824 e.v.

68. In de in nr. 66 genoemde arresten waarin de toepassing door de Hoge Raad van de leer Smits gelezen kan worden, laat zich ook de toepassing van de leer van de schuld aan de schade lezen.

2.5.5 *De leer van Demogue-Besier*

69. Een vierde en tot slot te bespreken theorie is – wat in Nederland is gaan heeten – de leer van Demogue-Besier. Volgens deze leer is voor het ontstaan van een verplichting tot schadevergoeding causaal verband vereist tussen de onrechtmatigheid of het onrechtmatige element van de onrechtmatige daad en de schade. Deze leer werd onder meer door Wolfsbergen¹²⁴ en Slagter¹²⁵ aangehangen.¹²⁶

De vraag waartussen het causale verband precies dient te bestaan – tussen de onrechtmatige gedraging *als geheel* en de schade, of tussen het onrechtmatige *element* van die gedraging en de schade – zal uitvoerig aan de orde komen in hoofdstuk 6.

70. Anders dan de naam suggereert, hebben Demogue en Besier niet tezamen een leer ontwikkeld. Demogue signaleerde in zijn in 1924 gepubliceerde *Traité des obligations en général*¹²⁷ bij zijn bespreking van de causaliteitseis bij aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad enkele casus waarin de onrechtmatigheid van een gedraging opgeheven kon worden door het verkrijgen van de benodigde vergunning of door het verkrijgen van toestemming voor de gedraging van een ander dan de gelaedeerde. De onrechtmatige gedraging die de schade veroorzaakte, had hierom evengoed rechtmatig, met vergunning of met toestemming, kunnen plaatsvinden. Demogue was van mening dat de laedens dan niet aansprakelijk diende te zijn en lijkt die conclusie te bereiken door te verlangen dat tussen de onrechtmatigheid en de schade ook een zeker causaal verband bestaat. Dat verband ontbrak volgens Demogue indien de onrechtmatigheid weggedacht, en dus de vergunning of de toestemming erbij gedacht, dezelfde schade zou zijn ontstaan. Demogue zag de niet-aansprakelijkheid van de laedens in deze casus als niet-bijzondere toepassing van het vereiste van *condicio-sine-qua-non*-verband. De beschouwingen van Demogue zijn overigens beknopt en niet glashelder.¹²⁸

De naam van de voormalige advocaat-generaal Besier is aan deze leer verbonden geraakt vanwege zijn conclusie in de zaak *De Marchant et d'Ansembourg/Staat*.¹²⁹ Besier betoogde hierin dat de Staat niet voor de schade, veroorzaakt door een besluit dat vanwege het niet ter inzage leggen van het ontwerp daarvoor in strijd met de wet tot stand was gekomen en dus onrechtmatig was, aansprakelijk diende te zijn, omdat de schade “*evengoed [zou] zijn ingetreden, indien dit besluit niet op een onvoldoenden grondslag had berust, doch de neerlegging der plannen van het werk behoorlijk had plaats gehad*”.

124 Wolfsbergen 1929, p. 473 e.v.; Wolfsbergen 1930, p. 240 e.v.; Wolfsbergen 1946, p. 99.

125 Slagter 1952, p. 214, 325, 337; Slagter 1982, p. 162 e.v.

126 Later is zij ook door Kerkmeester & Visscher 1999, p. 835-840 verdedigd.

127 Demogue 1924, nr. 366.

128 Bovendien lijkt Demogue in verband met de vergunningscasus de uitkomst als toepassing van de leer van de schuld aan de schade te zien.

129 HR 25 mei 1928, *NJ* 1928/1688 m.nt. E.M. Meijers (*De Marchant et d'Ansembourg/Staat*). Zie over dit arrest nader nr. 63.

71. Reeds vóór de beschouwingen van Demogue werd in de Nederlandse rechtspraak op deze wijze geredeneerd om tot wenselijke uitkomsten te komen.¹³⁰ In de zaak *De Marchant et d'Ansembourg/Staat* had het hof zo'n redenering gevolgd om tot de slotsom te komen dat de Staat niet aansprakelijk was.¹³¹ Het hof noch de advocaat-generaal Besier verwees hierbij naar Demogue; kennelijk was men van oordeel gewoon toepassing te geven aan het vereiste van *condicio-sine-qua-non*-verband. In nr. 61 zagen wij dat Van Gelein Vitringa in zijn publicatie uit 1919 het causaliteitsvereiste ook al op eenzelfde wijze toepaste.

Ook in Engeland, Amerika, Duitsland en België zijn overigens theorieën ontwikkeld die overeenkomen met de leer van Demogue-Besier. Diverse Engelstalige auteurs zijn tot de leer van de 'tortious-aspect causation' gekomen,¹³² in Duitsland is de leer van het 'rechtmäßiges Alternativverhalten' ontwikkeld,¹³³ en in België wordt de leer van het 'rechtmatig alternatief'¹³⁴ gehanteerd. De naam leer van Demogue-Besier is dus niet alleen misleidend in de suggestie dat sprake zou zijn van een door Demogue en Besier ontwikkelde theorie, maar ook in de connotatie dat de leer kan gelden als curiosum: sprake is namelijk van een benadering die in verschillende rechtssystemen ontwikkeld is.

72. Met deze leer laten casus van het in nr. 60 besproken soort zich ook betrekkelijk eenvoudig oplossen. In de eerste casus kan men zeggen dat, zoals Van Gelein Vitringa ook deed,¹³⁵ het onrechtmatige element van het oprichten van de fabriek het ontbreken van de vergunning is. Dat ontbreken van de vergunning is niet causaal voor de schade: als de fabriek mét vergunning was opgericht, zou de schade even groot zijn. Hierom ontbreekt het vereiste verband.¹³⁶

73. In enkele arresten heeft de Hoge Raad een (ruime) interpretatie van de leer van Demogue-Besier als onjuiste rechtsopvatting gekwalificeerd.¹³⁷ Als het hem uitkomt, past de Hoge Raad deze leer, onder de dekmantel van de reguliere causaliteitstoets, niettemin toe.¹³⁸ In nr. 293 ga ik nader in op deze leer en op haar verhouding tot het causaliteitsvereiste.

130 Zie bijvoorbeeld voor een vergunningscasus Rb. Amsterdam 6 oktober 1913, *NJ* 1913/1232 (*Amsterdamsche Rijtuigmaatschappij/Peters*). Het vóórlopen van de Nederlandse jurisprudentie wordt ook gesignaleerd door Vigelius 1935, p. 840 die naar diverse uitspraken verwijst.

131 Zie nr. 63.

132 Zie nr. 295.

133 Zie nr. 297.

134 Van Quickenborne 2007, p. 46 t/m 48; Van Quickenborne 1972 p. 79 t/m 107.

135 Zie nr. 61.

136 Zie ook § 6.2.2.

137 HR 25 mei 1928, *NJ* 1928/1688 m.nt. E.M. Meijers (*De Marchant et d'Ansembourg/Staat*); hierop is de Hoge Raad teruggekomen in HR 6 januari 2017, *NJ* 2017/62 (*UWV/X*). HR 28 juni 1985, *NJ* 1986/356 m.nt. M. Scheltema (*Claas/Van Tongeren*); HR 3 juni 2016, *NJ* 2016/291 (*Hengelo/Weyers*) en HR 6 januari 2017, *NJ* 2017/62 (*UWV/X*). In HR 23 december 2011, *NJ* 2012/377 m.nt. P. van Schilfgaarde (*V. en P./DNB en AFM*) gaat de Hoge Raad niet in op de klacht dat het hof deze leer niet heeft toegepast.

138 HR 17 juni 1932, *NJ* 1932/1464 m.nt. E.M. Meijers (*Monte Santo*); HR 20 juni 1980, *NJ* 1982/510 m.nt. J.A. Borman (*Transportbeton/Eindhoven*); HR 29 oktober 1993, *NJ* 1994/108 (*Blok/Vara*); HR 22 mei 2015, *RvdW* 2015/675 (*Witlox Van den Boomen Accountants/Wahring Consult*). Ook HR 11 januari 2013, *NJ* 2013/47 (*Amsterdam/Have*) laat zich aldus begrijpen.

2.5.6 *Het oerwoud van opvattingen in de literatuur*

74. In de literatuur bestond als gezegd sterk verschil van inzicht over welke van deze leren de voorkeur verdiende(n). Diverse auteurs stonden het hanteren van combinaties van deze leren voor of verbonden aan het gebruik van een bepaalde leer aanvullende voorwaarden. Op deze manier ontstond onder het vorige burgerlijk wetboek een waar oerwoud aan uiteenlopende opvattingen.

Zonder pretentie van volledigheid, maar ter illustratie van de veelheid aan verschillende opvattingen, noem ik het volgende. Meijers achtte de relativiteitsleer onjuist¹³⁹ en bepleitte toepassing van de leer van de schuld aan de schade.¹⁴⁰ Vigelius keerde zich tegen de relativiteitsleer, bepleitte de leer van de schuld aan de schade, maar zag ook heil in de leer van Demogue-Besier.¹⁴¹ Wertheim verwierp de relativiteitsleer, de leer van de schuld aan de schade en de leer van Demogue-Besier, en meende in de causaliteit en het criterium van het redelijkerwijs te verwachten gevolg de verschillende problemen op te kunnen lossen.¹⁴² Smits relativiseerde het onrechtmatigheidsbegrip, maar niet door de strekking van de geschonden norm uit te leggen.¹⁴³ Wolfsbergen wees de relativiteitsleer af en hing de leer Smits en de leer van Demogue-Besier aan.¹⁴⁴ Langemeijer meende dat de relativiteitsleer, de leer Smits en de leer van de schuld aan de schade “zakelijk identiek” waren en achtte de leer van Demogue-Besier bruikbaar indien de laedens het in zijn macht had om de schadetoebrengende gedraging zowel onrechtmatig als rechtmatig te verichten.¹⁴⁵ H. Drion verwierp de leer Smits en de leer van de schuld aan de schade, stond achter de relativiteitsleer en achtte de leer van Demogue-Besier bruikbaar voor daden die onrechtmatig zijn vanwege het gevaar voor schade dat zij in het leven roepen.¹⁴⁶ Slagter keerde zich tegen de leer van de schuld aan de schade en bepleitte het hanteren van een combinatie van de relativiteitsleer en de leer van Demogue-Besier; volgens hem was de leer van Demogue-Besier een waardevolle aanvulling op de relativiteitsleer voor de gevallen waarin niet duidelijk was of de geschonden norm ook beoogde te beschermen tegen *de wijze waarop* de schade was ontstaan.¹⁴⁷ Rutten was voorstander van de relativiteitsleer en verwierp de leer Smits, de leer van de schuld aan de schade en de leer van Demogue-Besier.¹⁴⁸

75. Zo was het landschap toen begonnen werd met het ontwerp van een nieuw burgerlijk wetboek.

139 Zie de annotatie van Meijers bij HR 24 januari 1930, NJ 1930/299 (*Vonk/De Overijsselsche*) en bij HR 11 maart 1937, NJ 1937/899 (*Holdisco*).

140 Meijers 1935, p. 570; Meijers 1936, p. 2 t/m 6.

141 Vigelius 1935, p. 824 t/m 866.

142 Wertheim 1930, p. 102 t/m 134.

143 Smits 1938, p. 491.

144 Wolfsbergen 1946, p. 53 e.v., 93 e.v., 99, 100 en 106 e.v.

145 Langemeijer 1940a, p. 385 e.v.; Langemeijer 1940b, p. 534, 535, 545.

146 Hofmann/Drion & Wiersma 1959, p. 106, 122 e.v.

147 Slagter 1952, p. 77 e.v., 214, 325, 337 en later Slagter 1983, p. 162 e.v.

148 Asser/Rutten 3-II 1954, p. 548 e.v., 487 e.v., 509 e.v. respectievelijk 558.

2.6 Het driemanschapsonwerp voor het nieuwe burgerlijk wetboek

2.6.1 Inleiding

76. In 1947 kreeg Meijers de opdracht een nieuw burgerlijk wetboek te ontwerpen. Na zijn overlijden in 1954 publiceerde het driemanschap bestaande uit J. Drion, G. de Grooth en F.J. de Jong in 1961 een ontwerp met toelichting voor boek 6 van het nieuwe burgerlijk wetboek.¹⁴⁹ Onderdeel van deze omvangrijke publicatie vormde het ontwerp voor wat uiteindelijk het huidige art. 6:163 BW en 6:98 BW zou worden, en de daarop gegeven toelichting.

Het ontwerp voor art. 6:163 BW (art. 6.3.1.2 O.M.) luidde:

“1. De verplichting tot vergoeding strekt zich uit tot de schade welke bij het plegen van de daad met voldoende graad van waarschijnlijkheid als gevolg te voorzien was, tenzij de geschonden norm niet strekt tot bescherming tegen de voorzienbare schade zoals de benadeelde die heeft geleden.

2. Hij die in strijd handelt met een wettelijke plicht, pleegt een onrechtmatige daad jegens een ieder die dientengevolge schade kan lijden welke op het tijdstip van het plegen van de daad met voldoende graad van waarschijnlijkheid als gevolg te voorzien is, tenzij blijkt dat de overtreden norm een andere strekking heeft.”

Voor art. 6:98 BW luidde het ontwerp (art. 6.1.9.4 O.M.):

“Voor vergoeding komt slechts in aanmerking de schade die op het tijdstip van de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust, met voldoende graad van waarschijnlijkheid als gevolg van deze gebeurtenis was te voorzien.”

77. De toelichting op beide ontwerpbepalingen neemt tot uitgangspunt dat nog *“zeer omstreden”* is aan welke vereisten het verband tussen de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust enerzijds en de schade anderzijds dient te voldoen en de rechtsontwikkeling niet belemmerd dient te worden door een bepaalde (strikte) theorie in de wet neer te leggen. Wel is volgens de toelichting inmiddels duidelijk dat voornoemd verband aan drie te onderscheiden criteria dient te worden getoetst: causaliteit, waarschijnlijkheid en strekking van de geschonden norm.¹⁵⁰

78. De toelichting vermeldt dat het causaliteitsvereiste, het eerste van deze drie criteria, besloten ligt in de termen *“daardoor”* en *“dientengevolge”* in het ontwerp voor art. 6:74 BW en art. 6:162 BW. Aan dit vereiste is volgens de toelichting in het algemeen voldaan indien sprake is van *condicio-sine-qua-non*-verband tussen de wanprestatie of onrechtmatige daad enerzijds en de schade anderzijds.¹⁵¹ De andere twee criteria waren neergelegd in de ontwerpen voor wat art. 6:163 BW en art. 6:98 BW zouden worden. In deze ontwerpbepalingen was niet zomaar het geldende recht neergelegd, maar klaarblijkelijk gestreefd naar

¹⁴⁹ Dit ontwerp en deze toelichting worden in Parl. Gesch. Boek 6 aangeduid met ‘Ontwerp Meijers’ respectievelijk ‘Toelichting Meijers’.

¹⁵⁰ Parl. Gesch. Boek 6, p. 340 (T.M.).

¹⁵¹ Parl. Gesch. Boek 6, p. 340 (T.M.).

zowel inhoudelijke als dogmatische verbetering van het recht. Ik bespreek de twee ontwerpbevestigingen in § 2.6.2 en 2.6.3. Vervolgens behandel ik in § 2.6.4 de door het ontwerp verworpen leren.

2.6.2 *Relativiteit en de strekking van de geschonden norm*

79. In het ontwerp voor boek 6 was in overeenstemming met de jurisprudentie van de Hoge Raad de relativiteitsleer gecodificeerd. De dan inmiddels al wat oudere kritiek dat de relativiteitsleer tot onjuiste uitspraken zou leiden en overbodig zou zijn, wordt in de toelichting tamelijk gemakkelijk weerlegd door te wijzen op een groot aantal voornamelijk buitenlandse uitspraken waarin een redelijke uitkomst wordt bereikt door aansprakelijkheid te beperken aan de hand van de strekking van de geschonden norm.¹⁵²

80. Onderscheid wordt in het ontwerp gemaakt tussen het jegensvereiste, zoals neergelegd in het ontwerp voor de onrechtmatigedaadsbepaling, en de regels die zijn neergelegd in art. 6.3.1.2 O.M. Ook in de toelichting wordt duidelijk onderscheid gemaakt tussen het jegensvereiste en de regels in verband met de strekking van de geschonden norm:

“In navolging van de rechtspraak van de Hoge Raad en van de hoogste rechtscolleges in andere landen stelt het ontwerp voor de toewijzing van een vordering tot schadevergoeding ter zake van onrechtmatige daad (...) nog twee extra voorwaarden: 1. De onrechtmatige daad moet jegens de eiser zijn gepleegd (...) 2. Indien de geschonden norm niet strekt tot bescherming tegen de schade zoals de eiser die in concreto heeft geleden, omvat de verplichting tot vergoeding niet die schade (...).”¹⁵³

Deze scherpe scheiding is voor de tegenwoordige lezer enigszins bevreemdend.¹⁵⁴ De reden voor het maken van het onderscheid tussen de beide voorwaarden is ook niet aanstonds duidelijk: is het jegensvereiste naast de regels zoals neergelegd in art. 6.3.1.2 O.M. niet overbodig? Art. 6.3.1.2 O.M. lijkt bovendien op het eerste gezicht onnodig ingewikkeld geformuleerd en dubblures te bevatten.¹⁵⁵

81. De sleutel tot het begrijpen van het ontwerp ligt mijns inziens erin dat het driemanschap een opvatting van Smits ten dele onderschreef: de onrechtmatige daad is relatief, maar in het geval van een rechtsinbreuk en in het geval van schending van een norm van ongeschreven recht wordt die relativiteit niet beheerst door de door uitleg te bepalen strekking van de geschonden norm.¹⁵⁶ De toelichting vermeldt dat voor de hand ligt om aan te nemen dat een rechtsinbreuk

152 Parl. Gesch. Boek 6, p. 629, 630 (T.M.).

153 Parl. Gesch. Boek 6, p. 630 (T.M.).

154 Vgl. ook Den Hollander 2016, p. 44 e.v. die terecht schrijft dat in de tegenwoordige literatuur het relativiteitsvereiste en de notie dat aansprakelijkheid dient te worden begrensd aan de hand van de strekking van de geschonden norm zijn vereenzelvigd.

155 De gedachte dringt zich op dat J. Drion, de vader van de toch wat meer ‘doordachte’ constructies zoals de tenzij-clausule bij kwalitatieve aansprakelijkheid (Drion 1947, p. 277, 278) en de reflexwerking van kwalitatieve aansprakelijkheid (Drion 1963, p. 452, 453), hierop belangrijke invloed heeft gehad.

156 Zie § 2.5.3 over de opvattingen van Smits.

alleen onrechtmatig is tegenover de rechthebbende;¹⁵⁷ maar deze relativiteit volgt uit het wezen van subjectieve rechten en wordt niet verkregen door een norm of een recht uit te leggen. Onder verwijzing naar Engelse rechtspraak waarin volgens de toelichting wordt nagegaan jegens wie een “*duty to take care*” bestond, vermeldt de toelichting dat ook een gedraging die in strijd is met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, onrechtmatig kan zijn jegens A zonder dat ook jegens B te zijn;¹⁵⁸ ook hier lijkt de toelichting niet tot die conclusie te komen door de norm uit te leggen. Hiervan uitgaande had het jegensvereiste in het ontwerp voor art. 6:162 BW zelfstandige betekenis naast hetgeen art. 6.3.1.2 O.M. in verband met de strekking van de geschonden norm bepaalde.¹⁵⁹

82. Art. 6.3.1.2 O.M. hield verder de volgende regeling in. In het eerste lid is voor het geval dat aan het jegensvereiste van de onrechtmatigedaadsbepaling is voldaan, een regel over de te vergoeden schade gegeven. In dit eerste lid wordt duidelijk gemaakt dat als uitgangspunt de schadevergoedingsverplichting “*zich uit[strekt] tot de schade welke bij het plegen van de daad met voldoende graad van waarschijnlijkheid als gevolg te voorzien was*”. Als uitgangspunt wordt aldus voor de bepaling welke schade vergoed dient te worden de, hierna nog te bespreken, regel gegeven die ook in het ontwerp voor wat art. 6:98 BW worden zou, was neergelegd. Het eerste lid vervolgt: “*tenzij de geschonden norm niet strekt tot bescherming tegen de voorzienbare schade zoals de benadeelde die heeft geleden.*” Alleen dus als blijkt dat de geschonden norm niet strekt tot bescherming tegen de schade zoals geleden, wordt de verplichting tot schadevergoeding op die grond beperkt. “*Bij onduidelijkheid van de strekking van de geschonden norm (...) geldt mitsdien de hoofdregel*”,¹⁶⁰ vermeldt de toelichting – dan geldt dus de regel dat de verplichting tot schadevergoeding zich uitstrekt tot schade die, op grond van het ontwerp voor wat art. 6:98 BW worden zou, voor vergoeding in aanmerking komt. Het driemanschap heeft bewust ervoor gekozen, niet te verlangen dat positief blijkt dat de geschonden norm strekt tot bescherming tegen de schade zoals geleden: de strekking van de norm zal volgens de toelichting namelijk nogal eens onduidelijk zijn en dan zou geen aanspraak op vergoeding van door de normschending geleden schade kunnen bestaan.¹⁶¹

Het tweede lid van art. 6.3.1.2 O.M. gaf een bijzondere regel omtrent jegens wie het handelen in strijd met een wettelijke plicht onrechtmatig is. In het geval van een rechtsinbreuk en bij een gedraging in strijd met hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt, werd de relativiteit van de onrechtmatige daad, als gezegd, niet beheerst door de strekking van de geschonden norm. Bij deze categorieën onrechtmatige daden kon, zo was kennelijk de opvatting van het driemanschap, betrekkelijk eenvoudig worden vastgesteld jegens wie onrechtmatig was gehandeld. In het geval van een wettelijke norm lag dat volgens het driemanschap anders: jegens wie onrechtmatig was gehandeld, volgde dan uit de door

157 Parl. Gesch. Boek 6, p. 631 en 632.

158 Parl. Gesch. Boek 6, 632.

159 Men zou wellicht nog kunnen denken dat het jegensvereiste is opgenomen in verband met andere op onrechtmatige daad te baseren vorderingen. In de driemanschapstoelichting heb ik geen aanwijzingen hiervoor gevonden. Bovendien is in art. 3:296 BW, dat van belang is voor een bevel of verbod, een jegensvereiste opgenomen.

160 Parl. Gesch. Boek 6, p. 634 en 635 (T.M.).

161 Parl. Gesch. Boek 6, p. 634 en 635 (T.M.).

uitleg te bepalen strekking van de geschonden norm. Volgens de toelichting ontstond hierbij de moeilijkheid dat de wetgever slechts zelden uitdrukkelijk aangeeft wie bij schending van een wettelijke norm aanspraak op schadevergoeding toekomt. Om deze reden is in het ontwerp speciaal voor het geval van de schending van een wettelijke plicht de hoofdregel gegeven dat zo'n gedraging onrechtmatig is jegens eenieder die dientengevolge schade kan lijden welke op het tijdstip van het plegen van de daad met voldoende graad van waarschijnlijkheid als gevolg te voorzien is. Van deze hoofdregel wordt afgeweken indien “*negatief, blijkt dat het overtreden wetsvoorschrift niet die strekking heeft*”.¹⁶²

83. Vóór de publicatie van het ontwerp en de toelichting werd in het kader van het relativiteitsvereiste in het algemeen beslissend geacht of de geschonden norm strekte tot bescherming van de persoon van de gelaedeerde en het belang waarin hij was geschaad.¹⁶³ Art. 6.3.1.2 O.M. bracht op dit punt een verfijning aan: onder verwijzing naar diverse buitenlandse rechterlijke uitspraken maakt de toelichting duidelijk dat ook de wijzen waarop de schade ontstaat kan maken dat niet kan worden gezegd dat de norm strekt tot bescherming tegen de schade zoals geleden.¹⁶⁴

84. Het ontwerp is verder vernieuwend omdat de toetsing aan de strekking van de geschonden norm deels uit de onrechtmatigheid wordt gehaald. Enerzijds had, zoals hiervoor aan de orde kwam, het driemanschap ingezien dat de vraag of aan het jegensvereiste was voldaan niet steeds wordt beheerst door de strekking van de geschonden norm. Anderzijds onderkende het driemanschap klaarblijkelijk dat sprake kon zijn van een jegens de gelaedeerde gepleegde onrechtmatige daad, maar dat niettemin uit de strekking van de geschonden norm kon volgen dat geen aanspraak bestond op vergoeding van de schade zoals geleden. De constructie van de relatieve onrechtmatige daad, in de zin van een onrechtmatige daad die tegenover de één onrechtmatig is maar niet tegenover een ander zoals in het ontwerp voor art. 6:162 BW was neergelegd, was aldus te beperkt. De strekking van een geschonden norm kon immers zijn om wel een bepaald persoon te beschermen, zodat schending van die norm een onrechtmatige daad tegenover die persoon oplevert, maar slechts beoogd wordt om die persoon tegen bepaalde schade te beschermen. Om deze reden werd naast het jegensvereiste zoals neergelegd in het ontwerp voor art. 6:162 BW kennelijk een zelfstandige bepaling wenselijk geacht.

85. Het driemanschap probeerde voorts kennelijk het recht verder te brengen door het strekkingsvoorbehoud ook relevant te achten voor de schadevergoedingsverplichting in het geval van een tekortkoming in de nakoming van een verbintenis. Onder verwijzing naar Langes *Gutachten für den 43. Deutschen Juristentag*¹⁶⁵ vermeldt de toelichting:

162 Parl. Gesch. Boek 6, p. 632 (T.M.).

163 Vgl. Van Geleijn Vitranga 1919, p. 23; Wolfsbergen 1946, p. 93; Polak 1949, p. 73-76, 81; Schut 1963, p. 134, 135.

164 Telders 1929a, p. 171 maakte, onder verwijzing naar Duitse rechtspraak, wel reeds de driedeling, persoon, belang en de wijze waarop het belang is geschaad.

165 Zie hierover nader nr. 423.

“Er is echter geen reden, de gelding van [het strekkingsvoorbehoud] tot het terrein van de onrechtmatige daad te beperken. Ook b.v. bij de verplichting tot schadevergoeding wegens het tekortschieten in de nakoming van een verbintenis zal men zich telkens moeten afvragen, of de strekking van de overtreden norm was, de schuldeiser te beschermen tegen schade van het in concreto voorgevallen type en ingetreden op de wijze als in feite is geschied.”¹⁶⁶

Opvallend is dat bij de schadevergoedingsverplichting wegens tekortkoming in de nakoming van een verbintenis, volgens de toelichting, *telkens* de vraag naar de strekking van de geschonden norm gesteld dient te worden. Dit is opvallend omdat in het ontwerp van de wettekst niet uitdrukkelijk ruimte gemaakt is om in deze gevallen aan het gegeven dat de geschonden norm niet strekt tot bescherming tegen de schade zoals door de schuldeiser geleden de consequentie te verbinden dat geen aansprakelijkheid voor die schade bestaat.

2.6.3 *De toets aan de waarschijnlijkheid van de schade*

86. In het causaliteitsvereiste van art. 1401 (oud) BW werd in de jurisprudentie en door verschillende auteurs zowel de voorwaarde van feitelijke causaliteit gelezen als het vereiste dat de schade naar ervaringsregels het redelijkerwijs te verwachten gevolg van de onrechtmatige daad was. In de loop van de eerste helft van de twintigste eeuw was, zoals in § 2.4 beschreven, bij verschillende schrijvers het inzicht doorgebroken dat laatstgenoemde eis weinig met causaliteit te maken had, en, in de woorden van Vigelius, *“onder de dekmantel der causaliteit”* de wet werd *“binnengesmokkeld”*. Het driemanschap volgde de schrijvers

“(...) die oordelen dat het de voorkeur verdient het hier bedoelde vereiste [de toets aan waarschijnlijkheid of voorzienbaarheid] los te maken van het begrip oorzaak”.¹⁶⁷

Om dit te faciliteren nam het ontwerp, naast het vereiste van causaal verband zoals dat in het ontwerp voor art. 6:74 en 6:162 BW besloten lag, met art. 6.1.9.4 O.M. een afzonderlijke bepaling op waarin aan de waarschijnlijkheid getoetst zou moeten worden. De toelichting vermeldt overigens uitdrukkelijk dat er niet voor gekozen is om, zoals Meijers en Vigelius hadden bepleit, deze waarschijnlijkheid in te bedden in een vereiste van schuld aan de schade. Dat zou, zo vermeldt de toelichting, problematisch zijn bij aansprakelijkheid die niet is gebaseerd op schuld.¹⁶⁸

De problematiek van de eigen schuld van de gelaedeerde en de schadebeperkingsplicht werd vóór de totstandkoming van het ontwerp nogal eens ook, soms op gekunstelde wijze, in het causaliteitsvereiste opgelost.¹⁶⁹ Het ontwerp haalde ook de eigenschuldproblematiek uit het causaliteitsvereiste en ontwierp hiervoor een eigen bepaling met een eigen criterium (art. 6.1.9.6 O.M., dat uiteindelijk zou worden art. 6:101 BW).

¹⁶⁶ Parl. Gesch. Boek 6, p. 341 (T.M.).

¹⁶⁷ Parl. Gesch. Boek 6, p. 340, 341 (T.M.).

¹⁶⁸ Parl. Gesch. Boek 6, p. 341 (T.M.).

¹⁶⁹ Zie over de problemen waartoe dat leidde: Ribbius 1906, p. 211; Meijers 1936, p. 4; Bloembergen 1965, nr. 275.

87. Naast deze vooruitstrevende structuuraanpassing maakte het driemanschap ook de inhoud van de toets anders. Het ontwerp volgde uitdrukkelijk, maar niet specifiek gemotiveerd, niet de door de Hoge Raad geformuleerde – tamelijk evident te strenge¹⁷⁰ – toets waarin beslissend was of de veroorzaakte schade kan gelden als het naar ervaringsregels redelijkerwijs te verwachten gevolg.¹⁷¹ In plaats daarvan hanteerde het ontwerp het flexibeler criterium of de schade “*met voldoende graad van waarschijnlijkheid als gevolg van deze gebeurtenis was te voorzien*”.

Op grond van art. 6.3.1.2 O.M. en art. 6.1.9.4 O.M. diende deze waarschijnlijkheid/voorzienbaarheid te worden getoetst naar het moment van de gedraging waarop de aansprakelijkheid berust. Voor wat betreft de niet-nakoming van een verbintenis werd hiermee afgeweken van art. 1283 (oud) BW waarin de voorzienbaarheid werd getoetst naar het moment van het aangaan van de verbintenis. Volgens de toelichting is het maken van onderscheid tussen het toetsingsmoment bij onrechtmatige daad en wanprestatie niet “*rationeel*”.¹⁷²

Volgens de toelichting had de eis van waarschijnlijkheid/voorzienbaarheid betrekking op “*het soort schade*”, “*de elementen van de schade*” en het schadebedrag.¹⁷³ Wel kon de vereiste mate van waarschijnlijkheid volgens de toelichting verschillen:¹⁷⁴

*“denkbaar [is] dat in bepaalde gevallen een klein kanspercentage wat de omvang van de schade betreft voldoende wordt geacht, terwijl hetzelfde kanspercentage niet als voldoende zou worden beschouwd als het ging over de vraag of dit soort schade in concreto wel voldoende voorzienbaar was.”*¹⁷⁵

Wat een voldoende graad van waarschijnlijkheid is, zegt het ontwerp niet, omdat het daarmee “*de rechter niet [zou] helpen, doch veeleer bemoeilijken in het vinden van een juiste oplossing*”.¹⁷⁶ Veel wordt zo aan het oordeel van de rechter overgelaten, aldus de toelichting.¹⁷⁷ Het ontwerp laat verder “*aan wetenschap en rechtspraak over, te beslissen welke factoren medebepalend zijn voor de vraag wanneer de waarschijnlijkheid van de schade voldoende is om tot een verplichting tot vergoeding van die schade te besluiten*”.¹⁷⁸ Het ontwerp lijkt hier voort te bouwen op het inzicht van Meijers en Vigelius dat de benodigde mate van waarschijnlijkheid van geval tot geval kan verschillen.¹⁷⁹

170 Zie nr. 53.

171 Parl. Gesch. Boek 6, p. 629, voetnoot 4 (T.M.).

172 Parl. Gesch. Boek 6, p. 631 (T.M.). Kennelijk werd wel gemeend dat bij het aangaan van de verbintenis als gevolg van niet-nakoming te voorziene schade van belang kon zijn bij het bepalen van de strekking van de overeenkomst, de toelichting vermeldt namelijk in de hierop volgende volzin: “*Bij de toetsing aan het hieronder te bespreken derde criterium [de strekking van de overtreden norm] kan het echter wel van belang blijken, welke belangen van de schuldeiser de overeenkomst naar haar strekking beschermt.*”

173 Parl. Gesch. Boek 6, p. 341 en 630 (T.M.).

174 Zie in § 4.3.2 nader over het probleem van de betekenis van de mate van detail waarin de schade wordt beschreven voor de waarschijnlijkheid en voorzienbaarheid ervan.

175 Parl. Gesch. Boek 6, p. 630 (T.M.).

176 Parl. Gesch. Boek 6, p. 341 (T.M.).

177 Parl. Gesch. Boek 6, p. 341 (T.M.).

178 Parl. Gesch. Boek 6, p. 630, 631 (T.M.).

179 Zie nr. 57.

2.6.4 Verworpen leren

88. Het driemanschapsonwerp en de toelichting maken ook duidelijk dat niet zijn gevolgd de leer van de schuld aan de schade, de leer Smits en de leer van Demogue-Besier.

Waar art. 1401 (oud) BW volgens zijn bewoordingen schuld aan de schade verlangde, is een dergelijke voorwaarde niet in art. 6:162 BW opgenomen. De toelichting vermeldt dat “*betwijfeld [kan] worden*” of “*zinvol is*” om in de situatie waarin sprake is van een onrechtmatige daad ook nog eens de vraag te stellen of de gedraging achterwege had dienen te blijven met het oog op bepaalde door die gedraging te veroorzaken schade. Bovendien zou het stellen van dit vereiste volgens de toelichting tot een te vergaande beperking van aansprakelijkheid leiden.¹⁸⁰

De leer Smits wordt in de toelichting als een “*constructie*” van de leer van de schuld aan de schade aangemerkt en op grond van dezelfde redenen afgewezen.¹⁸¹

De leer van Demogue-Besier wordt tot slot als volgt afgewezen:

“[art. 6:162 BW] *stelt niet voor aansprakelijkheid krachtens dat artikel als vereiste het bestaan van een condicio sine qua non verband tussen iedere schadepost en elke factor die medebepalend is voor de onrechtmatigheid van de daad. Het stellen van een dergelijk vereiste zou tot een onaanvaardbare beperking van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad leiden.*”¹⁸²

Ter onderbouwing verwijst de toelichting naar *De Marchant et d’Ansembourg/Staat*,¹⁸³ naar H. Drions bewerking van Hofmanns *Het Nederlands Verbintenissenrecht*, waarin de leer deels wordt onderschreven,¹⁸⁴ en Ruttens bewerking van het Asser-deel over verbintenissenrecht. Rutten betoogde, dat de leer onaanvaardbaar is omdat haar consequentie is dat de pleger van een onrechtmatige daad “*praktisch nooit*” aansprakelijk zou zijn.¹⁸⁵

2.7 Redelijke toerekening

2.7.1 Inleiding

89. Al kort nadat de Hoge Raad de leer van de adequate veroorzaking was gaan hanteren, hadden verschillende auteurs betoogd dat in dit begrenzingsvraagstuk de billijkheid of de redelijkheid beslissend was.

180 Parl. Gesch. Boek 6, p. 635 (T.M.).

181 Parl. Gesch. Boek 6, p. 635 (T.M.), in het bijzonder voetnoot 3 met de verwijzing naar ‘Langemeijer 1940, p. 533’ e.v. Langemeijer 1940b p. 542 geeft inderdaad een beschrijving van de leer Smits. J. Drion had zich overigens al ruim voor de publicatie van het ontwerp met toelichting van boek 6 een uitgesproken tegenstander van de leer Smits getoond, zie Drion 1947, p. 225.

182 Parl. Gesch. Boek 6, p. 635 (T.M.).

183 HR 25 mei 1928, *NJ* 1928/1688 m.nt. E.M. Meijers (*De Marchant et d’Ansembourg/Staat*). Zie nr. 62.

184 Hofmann/Drion & Wiersma 1959, p. 124. Drion schreef dat de leer Demogue-Besier wel geldt voor gevallen waarin een handeling onrechtmatig is op grond van het gevaar dat daarmee gecreëerd wordt.

185 Asser/Rutten 3-II 1954, p. 558.

90. Van Brakel had in 1934 betoogd dat de adequatietoets niets met causaliteit te maken had,¹⁸⁶ maar zijn analyse ging verder. Volgens Van Brakel werd de noodzakelijke beperking van aansprakelijkheid voor feitelijk door een onrechtmatige daad veroorzaakte gevolgen “*gecamoufleerd*” in causale termen

*“(...) zoodat men den schijn kan aannemen de gezochte begrenzing van de aansprakelijkheid te bereiken binnen het terrein van de causaliteitsleer. Maar ondanks deze vermomming blijkt den nauwkeurigen toeschouwer spoedig genoeg waarom het eigenlijk gaat. Want als men dan eens vraagt, waarom nu eigenlijk alleen het naastbijliggende causale moment als oorzaak mag worden aangeduid, dan luidt het antwoord strijk en zet: omdat men anders tot onaannemelijke, d.i. onbillijke of ondoelmatige resultaten zou komen. (...) Zoo blijkt ook de keus tusschen wat voorzienbaar of niet voorzienbaar is inderdaad mede beheerscht te worden door de vraag of de billijkheid vordert, dan wel belet, dat de dader aansprakelijk wordt gesteld voor een gevolg.”*¹⁸⁷

Van Brakel betoogde aldus dat bij de begrenzing van aansprakelijkheid voor veroorzaakte gevolgen uiteindelijk de billijkheid of doelmatigheid beslissend is en daar de vereiste mate van voorzienbaarheid op werd afgestemd. Naar het oordeel van Van Brakel was nader onderzoek nodig naar de werkelijke gronden die beslissend zijn voor de door rechters op dit stuk gegeven oordelen:

“[H]et eerste werk, dat hier te doen valt, moet m.i. bestaan niet in het opzetten van de een of andere causaliteitstheorie, doch in het ontleden van de bewuste en of onbewuste denkprocessen” die maken dat rechters al dan niet besluiten om aansprakelijkheid voor door een onrechtmatige daad veroorzaakte gevolgen aan te nemen.¹⁸⁸

91. Losecaat Vermeer schreef in 1939 in een van de door hem bewerkte Asser-delen over het verbintenissenrecht dat causaliteit en andere voorwaarden voor aansprakelijkheid gescheiden dienen te worden. In het geval van niet-nakoming van een verbintenis werden volgens hem door art. 1283 en 1284 (oud) BW enkele van die andere voorwaarden gesteld. Losecaat Vermeer betoogde dat indien de wet over die andere voorwaarden zwijgt

*“(...) men voor de vraag [komt] te staan, of een beperking der aansprakelijkheid redelijk is en, zo ja, welke. Aldus beschouwe men elk geval op zich zelf. Het komt mij minder wenselijk voor hier één regel voor alle gevallen te stellen, hetgeen men doet, indien men het waarschijnlijkheidselement tot een bestanddeel van het oorzakelijk verband maakt.”*¹⁸⁹

Ook volgens Losecaat Vermeer kwam het bij de beperking van aansprakelijkheid voor door een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis veroorzaakte gevolgen uiteindelijk dus aan op de redelijkheid.

92. Andere schrijvers gingen niet zo ver als Van Brakel en Losecaat Vermeer, maar zagen wel in dat het bij toepassing van de leer van de adequate veroorza-

186 Zie § 2.4.

187 Van Brakel 1934a, nr. 12702.

188 Van Brakel 1934b, nr. 12798.

189 Asser/Losecaat Vermeer 3-I 1939, p. 202, 203. Het betoog is aanvankelijk door Rutten gehandhaafd in Asser/Rutten 1958 3-I, p. 218.

king van de omstandigheden van het geval afhing welke mate van waarschijnlijkheid vereist was. In 1935 verdedigden Meijers en Vigelius dit standpunt en betoogden dat het om die reden beter was om deze leer in het kader van het vereiste van schuld aan de schade toe te passen.¹⁹⁰ In 1959 betoogde ook Van Opstall in zijn bewerking van het eerste gedeelte van Hofmanns *Het Nederlandse Verbintenissenrecht* dat de vereiste mate van waarschijnlijkheid afhangt van de omstandigheden van het geval.¹⁹¹

2.7.2 Kösters inaugurele rede

93. In 1962, kort na de publicatie van het driemanschapsontwerp in 1961, keerde Köster zich in zijn inaugurele rede tegen de leer van de adequate veroorzaking en tegen de scheiding die in het driemanschapsontwerp werd aangebracht tussen relativiteit en de adequate veroorzaking. Köster deed daarbij een voorstel om de ontwerpbevestigingen voor art. 6:163 en 6:98 BW te vervangen door één toerekeningsbepaling.¹⁹²

94. Köster stelde voorop dat het recht onderscheid diende te maken tussen de feitelijke gevolgen van een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis waarvoor de dader wel en waarvoor de dader niet aansprakelijk is. Het hiervoor gehanteerde criterium van de leer van de adequate veroorzaking achtte Köster een “*toverformule*”.¹⁹³ Köster wees erop dat geen sprake was van één criterium maar van een reeks vergelijkbare criteria (het redelijkerwijs te verwachten gevolg, het als niet onwaarschijnlijk te verwachten gevolg, de mogelijkheid van het intreden van het gevolg is objectief vergroot). Ook wees Köster erop dat het een groot verschil maakt naar welk moment men beoordeelt of de schade het redelijkerwijs te verwachten gevolg van de onrechtmatige daad is: aan de hand van alleen vooraf bekende gegevens, of ook op grond van feiten die achteraf bekend zijn geworden. Volgens Köster kiezen rechters die variant van het criterium waarmee de gewenste uitkomst bereikt kan worden, zonder te motiveren waarom juist die variant toegepast dient te worden. Aan de hand van een vijftal uitspraken onderbouwde hij deze analyse.

95. Ook over de relativiteitsleer en de wijze waarop deze in het ontwerp was neergelegd, was Köster kritisch. Over de vele voorbeelden in de driemanschapstoelichting over de toepassing van de relativiteitsleer schreef hij:

190 Meijers 1935, p. 554; Vigelius 1935, p. 862.

191 Hofmann/Van Opstall 1959, p. 93.

192 Er bestaat overigens enige controverse over de vraag of Kösters leer slechts zou gelden voor de omvangsfase of ook de vestigingsfase van de aansprakelijkheid (zie bijvoorbeeld Asser/Sieburgh 6-II 2017, nr. 58). Köster maakt op p. 6 inderdaad het onderscheid tussen de omvang van de schadevergoedingsverplichting en de “*voor-vraag*” of op de aangesproken partijen “*in beginsel een aansprakelijkheid rust*”. Onduidelijk is of Köster onder deze voor-vraag ook de vaststelling van de ‘primaire causaliteit’ (zie daarover nr. 28) begrijpt. Van Eikema Hommes 1975, p. 93 schrijft mijns inziens terecht dat het gelet op de kritiek die Köster op de adequatieleer levert, niet goed begrijpelijk zou zijn dat Köster die leer wel voor de vaststelling van primaire causaliteit zou willen behouden. Ik begrijp Köster zo dat hij met deze voorvraag bedoelt of sprake is van een toerekenbare onrechtmatige daad of van een toepasselijke kwalitatieve aansprakelijkheid.

193 Opvallend is dat enkele jaren hiervoor Lange in een kritische publicatie (Lange 1957, p. 114 e.v.) de adequatieleer als “*Zauberformel*” betitelde en erop wees dat achter haar toepassing rechtspolitieke keuzen schuilgaan. Lange schreef dat de adequatieleer geen causaliteitsleer is en bepleitte om de omvang van aansprakelijkheid “*auf ein billiges Maß*” te beperken. Als gezegd, zie § 2.3.3, lag het probleem in Duitsland in zekere zin tegengesteld aan het probleem in Nederland nu aan het Duitse adequatiecriterium in vrijwel alle gevallen werd voldaan.

*“Gaat men de voorbeelden na (...) dan blijkt telkens dat de rechter, via het etiket van de Schutznorm, in wezen een beslissing heeft gegeven over ‘redelijke toerekening’ en tevens dat het onderzoek naar het door de norm beschermde belang geen duidelijk richtsnoer geeft.”*¹⁹⁴

De begrenzing van aansprakelijkheid aan de hand van de strekking van de geschonden norm was volgens Köster in haar *“uitwerking en toepassing [een] volkomen onvaste toverformule”*.¹⁹⁵

96. Het ontwerp van het driemanschap had Köster *“teleurgesteld”*¹⁹⁶ zowel vanwege de flexibele waarschijnlijkheids/voorzienbaarheidstoets als vanwege het uit elkaar trekken van de strekking van de norm en het vereiste van waarschijnlijkheid/voorzienbaarheid van de schade. Köster meende dat een oplossing slechts kon worden bereikt door niet langer *“vast te klampen”* aan toverformules en toe te geven dat zodra aansprakelijkheid vaststaat, de omvang van de schadevergoedingsplicht dient af te hangen van de vraag of de verschillende schadefactoren naar redelijkheid aan de aangesproken partij kunnen worden toegerekend.¹⁹⁷ Köster stelde hierom voor om in het driemanschapsonwerp de strekkingsbepaling en de bepaling waarin het vereiste van waarschijnlijkheid/voorzienbaarheid is gesteld, tezamen te vervangen door de volgende bepaling:

“De verplichting tot schadevergoeding strekt zich uit tot de schade, of het gedeelte van de schade, dat gelet op alle omstandigheden, naar redelijkheid kan worden toegerekend aan de aangesproken partij. Tot de hierbij in aanmerking te nemen omstandigheden behoren met name:

- a) de aard van de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust;*
- b) de aard van de schade;*
- c) de graad van waarschijnlijkheid waarmee het ontstaan van de schade viel te verwachten;*
- d) de onevenredig zware last, welke voor de aangesproken partij, mede gelet op de financiële positie van de benadeelde, uit de schadevergoedingsverplichting kan voortvloeien.”*¹⁹⁸

De in deze bepaling gehanteerde terminologie van het naar redelijkheid toerekenen doet volgens Köster

“(...) uitkomen dat het niet gaat om een vraag van causaliteit, maar om een vraag naar aansprakelijkheidsverband”.¹⁹⁹

Wat Köster inhoudelijk voor ogen stond, komt mijns inziens goed tot uitdrukking in de volgende passage:

“Partijen zullen de kern van het geschil dienen te behandelen, t. w. de vraag of het redelijk is dat het gevorderde schadebedrag door de benadeelde wordt afgewenteld op de partij, die voor de schadegebeurtenis aansprakelijk is. Daarbij komen aan de orde ‘de aard’ van de schade en ‘de aard’ van de gebeurtenis. Het zal daarom telkens gaan om een beslissing die van belang zal zijn voor alle gevallen die van ‘dezelfde aard’, dus in wezen hetzelfde, zijn. Hierdoor zal de rechter

194 Köster 1963, p. 15, voetnoot 35.

195 Köster 1963, p. 15, voetnoot 35.

196 Köster 1963, p. 12.

197 Köster 1963, p. 14.

198 Köster 1963, p. 14.

199 Köster 1963, p. 15.

*zich bij zijn beslissingen rekenschap moeten geven dat hij, voor de beslissing van het concrete geval, dient uit te gaan van een algemene redelijkheidsregel, die gelding moet hebben voor alle gevallen van dezelfde gaardheid. Dit alles komt hierop neer dat de beslissing van ieder concreet geval geenszins zal afhangen van wat men aanduidt als een 'particulier-autonoom billijkheidsoordeel' van de rechter. Neen, de uitspraak zal moeten berusten op algemene redelijkheidsbeginselen, dus op een 'generaal-heteronoom billijkheidsoordeel', dat ter toetsing kan komen in casatie-procedures.'*²⁰⁰

Köster meende blijkens deze passage dat toerekening naar redelijkheid niet inhield dat de rechter voor elk concreet geval een billijkheidsoordeel zou geven dat volkomen bepaald zou zijn door de bijzonderheden van dat geval. In plaats daarvan diende de rechter steeds uit te gaan van “*een algemene redelijkheidsregel*” die zou gelden voor alle gevallen van dezelfde aard, dus van gevallen met dezelfde aard van de gebeurtenis waarop aansprakelijkheid berust en van de schade. Köster meende dat bij het volgen van zijn benadering het volgende zou gebeuren:

*“Langs deze weg kunnen uit de telkens weer nieuwe schadegevallen en categorieën van schadegevallen andere generale regels worden opgebouwd, en de rechter zal niet – zoals thans – worden belemmerd ‘om openlijk uit te komen voor wat hij eigenlijk doet’.”*²⁰¹

97. Welke gevallen van dezelfde gaardheid onderscheiden zouden moeten worden en welke algemene redelijkheidsregels zouden moeten gelden, maakte Köster niet duidelijk. Köster beoogde klaarblijkelijk vooral een raamwerk te geven waarin de rechter vrij zou zijn om zijn toerekeningsoordeel te motiveren aan de hand van de werkelijke redenen die dat oordeel hadden ingegeven. Op die manier zou het recht zich ook kunnen ontwikkelen. In lijn hiermee besloot Köster zijn pleidooi ermee dat het aan de rechtswetenschap is om door bestudering van Nederlandse en buitenlandse rechtspraak en literatuur schadesituaties te rubriceren en de daarbij behorende algemene regels te vinden.²⁰²

2.7.3 *Receptie van Kösters pleidooi*

98. Het pleidooi van Köster leidde tot uiteenlopende geluiden in de literatuur. Enerzijds werd de kritiek geuit dat Kösters programma geen inzicht bood in de toerekeningsproblematiek en dat voor rechterlijke willekeur gevreesd moest worden wanneer de wet geen beoordelingscriterium zou geven. Schut vroeg zich af waar die “*algemene redelijkheidsregel*” dan vandaan moest komen en hoe men weet of twee gevallen van “*dezelfde aard*” zijn.²⁰³ Rutten wees aanvankelijk Kösters criterium af omdat het te vaag zou zijn.²⁰⁴ Later schreef hij dat de kritiek dat de rechter soms formeel de adequatieleer toepast maar in werkelijkheid andere factoren in zijn oordeel betreft “*vermoedelijk*” juist is.²⁰⁵

Anderzijds waren er schrijvers met Köster van mening dat de toestand waarin met schijnmotiveringen recht werd gedaan opgeheven diende te worden. Dor-

200 Köster 1963, p. 15.

201 Köster 1963, p. 15.

202 Köster 1963, p. 22, 23.

203 Schut 1963, p. 95, 96.

204 Asser/Rutten 3-I 1967, p. 209; Asser/Rutten 3-II 1968, p. 459.

205 Asser/Rutten 3-I 1973, p. 214, 215.

hout Mees meende dat “[d]e vonnissen (...) aan eerlijkheid, duidelijkheid en overtuigingskracht [zullen] winnen”.²⁰⁶ Bloembergen viel Köster bij in zijn in 1965 gepubliceerde dissertatie. Bloembergen gaf daarin een krachtige bestrijding van de leer van de adequate veroorzaking en een nadere uitwerking van factoren die bij de toerekening van schade wel of juist niet van belang zijn. Anders dan Köster, maakte Bloembergen wél duidelijk onderscheid tussen relativiteitsregels en schadetoerekening. Bloembergen meende dat de strekking van een geschonden norm of van een toepasselijke kwalitatieve aansprakelijkheid in het algemeen geen rol speelt bij de bepaling van de omvang van de aansprakelijkheid en aan die strekking alleen betekenis toekomt indien de norm of de kwalitatieve aansprakelijkheid niet strekt tot bescherming tegen de schade zoals geleden.²⁰⁷

2.7.4 De Hoge Raad gaat weer om

99. Kennelijk heeft de kritiek op de leer van de adequate veroorzaking de Hoge Raad weten te overtuigen. In 1970 aanvaardde de Hoge Raad in *Waterwingebied Leeuwarden*²⁰⁸ de leer van de redelijke toerekening, zo wordt nu algemeen geleerd.²⁰⁹ De Hoge Raad oordeelde in deze zaak dat de door de onrechtmatige daad veroorzaakte schade

“(...) niet een zo uitzonderlijke vorm van schade t.g.v. een dergelijk ongeluk is, noch in een zo verwijderd verband daarmee staat, dat die schade naar redelijkheid niet – als veroorzaakt door dat ongeluk – ten laste zou mogen worden gebracht van degeen, die krachtens de wet aanspr. voor de gevolgen van het ongeluk draagt”.

Ook op dit omgaan van de Hoge Raad was aanzienlijke kritiek. Van Eikema Hommes noemde redelijke toerekening een “nietszeggende term” en sprak van een “*asylum ignorantiae*”.²¹⁰ Slagter schreef: “[d]e formulering is een bedekkende therapie, geen heldere diagnose”.²¹¹ Stein relativeerde deze kritiek enigszins door erop te wijzen dat de problematiek noch in Nederland noch in het buitenland voldoende is opgelost en dat ook de critici niet in staat zijn om criteria te geven die meer zekerheid bieden dan uit het voorstel van Köster voortkomt.²¹² Of de Hoge Raad in *Waterwingebied Leeuwarden* daadwerkelijk was omgegaan bleef overigens nog bijna een decennium omstreden, vooral doordat Rutten dit in zijn bewerkingen van de delen over het verbintenissenrecht in de gezaghebbende Asser-serie lange tijd bleef ontkennen.²¹³

206 Dorhout Mees 1963, p. 556 e.v.

207 Bloembergen 1965, nr. 106 t/m 154.

208 HR 20 maart 1970, NJ 1970/251 m.nt. G.J. Scholten (*Waterwingebied Leeuwarden*).

209 Asser/Sieburgh 6-II 2017, nr. 59.

210 Van Eikema Hommes 1975, p. 114.

211 Slager 1982, p. 161.

212 Stein 1978, p. 189.

213 Rutten bleef nog geruime tijd na *Waterwingebied Leeuwarden* volhouden dat de leer van de adequate veroorzaking de heersende leer was. Nog in 1975 schreef hij dat de Hoge Raad sinds 1927 ‘onafgebroken’ de leer van de adequate veroorzaking heeft toegepast en ook de jongste arresten zich als toepassing van die leer dienen te worden gezien (Asser/Rutten 4-III 1975, p. 95 e.v.; vgl. Asser/Rutten 4-I 1973, p. 204 e.v.). Eerst in 1978 ging ook Rutten om en erkende hij dat de leer van de adequate veroorzaking “van zijn dominerende plaats is verdrongen” (Asser/Rutten 4-I 1978, p. 198 e.v.). Van Schellen 1979, p. 333 e.v. heeft hier terecht op gewezen. Overigens noemde ook Schut in 1975 het “voorbarig” de conclusie te trekken dat de Hoge Raad Kösters leer was gaan toepassen (Schut 1975, p. 817).

100. De koers van de Hoge Raad in het geval van aansprakelijkheid vanwege wanprestatie is minder helder. In 1985 lijkt hij in *Joe/Chicago Bridge*,²¹⁴ waarin het gaat om aansprakelijkheid van een werkgever wegens het nemen van onvolgende veiligheidsmaatregelen (art. 1614x (oud) BW Nederlandse Antillen), de leer van de adequate veroorzaking en het stelsel van art. 1283 en 1284 (oud) BW te hebben verlaten door het aannemen van zeer ruime mogelijkheden om de veroorzaakte schade toe te rekenen. Overigens gaat het in deze zaak om een soort wanprestatie dat een grote mate van gelijkenis met een onrechtmatige daad vertoont. In 1987 laat hij in *AGO/NCB*²¹⁵ in het midden of sprake is van een onrechtmatige daad of wanprestatie en oordeelt hij “*dat het hof terecht betekenis heeft toegekend aan de aard van de schade en van de aansprakelijkheid*”. Aldus lijkt de Hoge Raad ook voor aansprakelijkheid vanwege wanprestatie afgestapt te zijn van de leer van de adequate veroorzaking.²¹⁶ In 1992 oordeelde de Hoge Raad in *Haxe/Schrör*,²¹⁷ nog naar oud recht, echter dat geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting gaf ‘s hofs oordeel dat “*niet is voldaan aan de in art. 1283 BW (oud) met betrekking tot de schadeomvang neergelegde eis dat in geval van een niet arglistige wanprestatie, zoals zich hier voordoet, slechts de schade behoeft te worden vergoed die men ten tijde van het aangaan van de overeenkomst heeft of heeft kunnen voorzien*”. Voor zover ook in het geval van aansprakelijkheid vanwege wanprestatie de leer van de adequate veroorzaking verlaten was, werd volgens dit arrest de schadetoerekening onder oud recht nog beheerst door de voorzienbaarheidsregel van art. 1283 (oud) BW.

2.8 Vervolg van het wetgevingsproces en het gewijzigd ontwerp

101. Het driemanschap was in zijn ontwerp betrekkelijk vooruitstrevend geweest: gewrongen constructies werden overbodig gemaakt (het strekkingsvoorboud werd uit het onrechtmatigheidsvereiste gehaald, en de toetsing van waarschijnlijkheid/voorzienbaarheid van de schade uit het causaliteitsvereiste), de relativiteitsleer werd verfijnd en een aanzet werd gegeven tot uitbreiding van haar toepassingsgebied, en de formule van de Hoge Raad van het redelijkerwijze te verwachten gevolg werd vervangen door een minder strikte en meer flexibele toets van waarschijnlijkheid/voorzienbaarheid waarin de verlangde mate van waarschijnlijkheid kon afhangen van de omstandigheden van het geval. Na de publicatie van het driemanschapsontwerp deden zich op het vlak van die laatste toets de hiervoor beschreven ontwikkelingen voor. Tegelijkertijd reed de zware trein van het wetgevingsproces langzaam verder.

2.8.1 *Advies van de Raad van State en beraadslagingen*

102. Op de toets van waarschijnlijkheid/voorzienbaarheid van het driemanschap werd gedurende dat proces aanzienlijke kritiek geuit. De Raad van State, die in

214 HR 8 februari 1985, *NJ* 1986/136 m.nt. C.J.H. Brunner (*Joe/Chicago Bridge*).

215 HR 13 november 1987, *NJ* 1988/210 m.nt. W.C.L. van der Grinten (*AGO/NCB*), rov. 3.4.

216 Krans 1999, p. 133 meent dat hieruit het omgaan van de Hoge Raad ook bij wanprestatie blijkt.

217 HR 1 juli 1992, *NJ* 1992/711 (*Haxe/Schrör*), rov. 3.5. In HR 10 augustus 1988, *NJ* 1989/157 m.nt. W.C.L. van der Grinten (*Den Bosch/BVG*) werd de regeling van art. 1284 (oud) BW tot uitgangspunt genomen.

1963 – na Köster, maar vóór *Waterwingebied Leeuwarden* – advies uitbracht, meende dat deze formule “*niet meer [kan bieden] dan de steun van het drijfzand*”.²¹⁸ Ook Kösters voorstel diende volgens de Raad van State niet overgenomen te worden: beter zou zijn het ontwerp voor art. 6:98 BW te schrappen en de rechter de problematiek in het causaliteitsvereiste van art. 6:74 en 6:162 BW op te laten lossen:

*“De toerekening ‘naar redelijkheid’ brengt niets meer dan wanneer het bij het ‘dientengevolge’ uit de artikelen [de ontwerpen voor art. 6:74 BW en 6:162 BW] blijft; en de toevoeging van de verplichting te letten ‘op alle omstandigheden’ is (...) nietszeggend.”*²¹⁹

Waar dus het driemanschap de toetsing aan waarschijnlijkheid heel bewust, en daarmee de meeste auteurs volgend, uit het causaliteitsvereiste had gehaald, meende de Raad van State nu dat beter was hiervan weer een causaliteitsprobleem te maken.

103. Ook de vaste Commissie voor Justitie was niet door de voorstellen van het driemanschap overtuigd. In 1971 bracht deze commissie – na kennisgenomen te hebben van Köster, Bloembergen en *Waterwingebied Leeuwarden* – verslag uit. Volgens de commissie was

*“(...) ‘voorzienbaarheid’ een betere maatstaf dan de ‘toerekening naar redelijkheid’ (...) De ‘voorzienbaarheid’ zegt immers duidelijk, dat het hier gaat om een verband tussen de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust en de daaruit voortvloeiende schade, terwijl bovendien ook bij deze maatstaf de redelijkheid een belangrijke rol speelt: het bedoelde verband wordt nl. aanwezig geacht wanneer ten tijde van de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust, de schade redelijkerwijs was te voorzien.”*²²⁰

De commissie wees niet alleen Kösters voorstel af; zij meende bovendien dat het driemanschaps criterium (“*met voldoende graad van waarschijnlijkheid als gevolg van deze gebeurtenis was te voorzien*”) vervangen diende te worden door het criterium van de Hoge Raad (“*het redelijkerwijs te verwachten gevolg*”).²²¹ Waar het driemanschap zich had gerealiseerd dat soms ook een relatief kleine kans voldoende kan zijn om de pleger van een onrechtmatige daad voor die schade aansprakelijk te houden en de vereiste mate van waarschijnlijkheid kan afhangen van de omstandigheden van het geval, wilde de commissie aldus weer terug naar de formule van de Hoge Raad. Ook meende de commissie, anders dan het driemanschap, dat de voorzienbaarheidseis alleen de schade zou moeten betreffen en niet het bedrag ervan “*omdat anders de aansprakelijkheidsomvang veel te veel zou worden beperkt*”.²²²

Bij het geven van het tweede gedeelte van het voorlopig verslag in 1975 was de commissie echter van gedachten veranderd. De commissie vroeg zich nu af of de toets van waarschijnlijkheid/voorzienbaarheid uit het driemanschapsontwerp

218 Parl. Gesch. Boek 6, p. 259 (RvS).

219 Parl. Gesch. Boek 6, p. 260 (RvS).

220 Parl. Gesch. Boek 6, p. 342 (V.V. II).

221 Parl. Gesch. Boek 6, p. 342, 343 (V.V. II).

222 Parl. Gesch. Boek 6, p. 342, 343. (V.V. II).

de rechter niet te veel ruimte bood om, zonder voldoende motivering, een zaak te beslissen overeenkomstig de maatschappelijke inzichten waarover hij beschikt, terwijl het toerekenen naar redelijkheid het voordeel heeft dat de rechter verplicht is zijn beslissing concreet te motiveren.²²³

2.8.2 *Het gewijzigd ontwerp*

104. Na dit advies en deze beraadslagingen kwam onder leiding van regeringscommissaris voor boek 6 BW, W. Snijders, het gewijzigd ontwerp tot stand. In 1976 werd dit gewijzigd ontwerp met memorie van antwoord aan de Tweede Kamer gestuurd.²²⁴ Het ontwerp voor wat art. 6:163 en 6:98 BW zou gaan worden was aanzienlijk aangepast en gelijk aan de tegenwoordige wetsbepalingen. Voor ons onderwerp is het volgende van belang.

105. In het gewijzigd ontwerp is het ontwerp voor art. 6:163 BW aanzienlijk ingekort. De memorie van antwoord vermeldt dat “*de in het thans enige lid opgenomen weergave van de relativiteitsleer deze leer voldoende duidelijk tot uitdrukking brengt*”.²²⁵ Geschrappt zijn de in het driemanschapsonderwerp neergelegde uitgangspunten dat de “*verplichting tot vergoeding [zich] [uit]strekt (...) tot de schade welke bij het plegen van de daad met voldoende graad van waarschijnlijkheid als gevolg te voorzien was*” en dat degene die “*in strijd handelt met een wettelijke plicht (...) een onrechtmatige daad [pleegt] jegens een ieder die diens gevolge schade kan lijden welke op het tijdstip van het plegen van de daad met voldoende graad van waarschijnlijkheid als gevolg te voorzien is*”. Deze laatste regel kan volgens de memorie van antwoord worden gemist en zou ook te strikt zijn.²²⁶ De memorie van antwoord wijst daarbij op *Maas/Willems*²²⁷ – een zaak waarin werd geoordeeld dat een vervoerder niet een andere vervoerder voor overtreding van een wettelijk tariefvoorschrift kon aanspreken, omdat de eerste vervoerder zich ook niet aan dat voorschrift had gehouden – waarin volgens de memorie van antwoord

“ten aanzien van een overtreding van een wetsbepaling met succes een beroep op de relativiteit van de onrechtmatige daad werd gedaan, zonder dat men kan zeggen dat dit beroep was gegrond op hetgeen was gebleken omtrent de strekking van die wetsbepaling zelf”.²²⁸

Niettemin vermeldt de memorie van antwoord dat

“(...) [e]venals het ontwerp (...) ook het gewijzigd ontwerp ervan uit[gaat] dat een norm in beginsel strekt ter bescherming van allen die als gevolg van overtreding ervan schade kunnen lijden en dat wel ter bescherming tegen alle schade die aan de dader op de voet van [het ontwerp voor art. 6:98 BW] als een gevolg van die overtreding kan worden toegerekend. Voor een beroep op het onderhavige artikel moet derhalve komen vast te staan dat de betreffende norm de eiser in

223 Parl. Gesch. Boek 6, p. 637 (V.V. II).

224 Parl. Gesch. Boek 6, p. 26 (M.v.A. II).

225 Parl. Gesch. Boek 6, p. 637 (M.v.A. II).

226 Parl. Gesch. Boek 6, p. 637 (M.v.A. II).

227 HR 16 februari 1973, *NJ* 1973/463 m.nt. L.J. Hijmans van den Bergh (*Maas/Willems*).

228 Parl. Gesch. Boek 6, p. 637 (M.v.A. II).

*het gegeven geval niet beschermt tegen de schade, zoals hij deze heeft geleden. Men zie de [driemanschapstoelichting].*²²⁹

De hoofdregels die het driemanschap in de wettekst wilde opnemen, zijn bij het gewijzigd ontwerp aldus in de memorie van antwoord beland. In § 2.9 zullen wij zien wat de Hoge Raad daar vervolgens mee heeft gedaan. Overigens gaat de memorie van antwoord hier uit van een niet geheel juiste lezing van het driemanschapsonwerp: slechts voor wettelijke normen gold in laatstgenoemd ontwerp de regel dat de norm in beginsel strekt tot bescherming van allen die als gevolg van overtreding ervan schade kunnen lijden welke op het tijdstip van het plegen van de daad met voldoende graad van waarschijnlijkheid als gevolg te voorzien is. Wel gold voor alle onrechtmatigheidscategorieën het uitgangspunt dat de verplichting tot schadevergoeding zich uitstrekt tot de schade welke bij het plegen van de daad met voldoende graad van waarschijnlijkheid als gevolg te voorzien was.²³⁰

De rechtsverfijnende dieldeling van het driemanschap bleef behouden. De memorie van antwoord vermeldt:

*“In de woorden ‘tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden’ ligt opgesloten dat de vordering moet worden afgewezen, zowel wanneer de geschonden norm [i] niet ter bescherming van de eiser strekt, als wanneer [ii] de soort van de schade en [iii] de wijze waarop de schade is ontstaan buiten het bereik van die bescherming vallen.”*²³¹

Omdat het gewijzigd ontwerp niet meer een strikt onderscheid maakt tussen het jegensvereiste en het strekkingsvoorbehoud, ontstaat er in het gewijzigd ontwerp een zekere overlap tussen het jegensvereiste zoals door het ontwerp voor art. 6:162 BW werd gesteld en het strekkingsvoorbehoud zoals in het ontwerp voor art. 6:163 BW was neergelegd: naast dat de onrechtmatige daad jegens de gelaedeerde dient te zijn gepleegd, bepaalde het ontwerp voor art. 6:163 BW dat geen aanspraak bestaat op schadevergoeding als de geschonden norm niet strekt tot bescherming van de gelaedeerde. De memorie van antwoord licht niet toe wat de toegevoegde waarde van het jegensvereiste zoals door het ontwerp voor art. 6:162 BW werd gesteld nog is naast het strekkingsvoorbehoud zoals in het ontwerp voor art. 6:163 BW was neergelegd.

106. De memorie van antwoord vermeldt dat in het driemanschapsonwerp de eis van causaal verband besloten lag in (onder meer) art. 6:74 en 6:162 BW en dat daarnaast, als afzonderlijk vereiste voor aansprakelijkheid, in art. 6:98 BW werd verlangd dat de schade met voldoende graad van waarschijnlijkheid was te voorzien. Het gewijzigd ontwerp zoekt, volgens de memorie van antwoord, aansluiting bij de regels over causaal verband die zich sinds het driemanschapsonwerp in de rechtspraak hebben ontwikkeld. In het gewijzigd ontwerp is art. 6:98 BW, anders dan in het driemanschapsonwerp,

229 Parl. Gesch. Boek 6, p. 638 (M.v.A. II).

230 Zie nr. 82.

231 Parl. Gesch. Boek 6, p. 637 (M.v.A. II).

“[d]e uitwerking van de eis van *causaal verband*”.²³²

Het grootste deel van de schrijvers was het er in de decennia vóór het driemanschapsonwerp over eens dat de begrenzing van aansprakelijkheid aan de hand van het criterium van het redelijkerwijs te verwachten gevolg een afzonderlijke voorwaarde voor aansprakelijkheid was, die met causaliteit weinig te maken had. Alleen omdat deze adequatie-eis niet goed buiten de wet om gesteld kon worden, werd zij in de rechtspraak en in de literatuur in het causaliteitsvereiste ingebed. Het driemanschap, dat níet werd beperkt door de formulering van art. 1401 (oud) BW, had een waarschijnlijkheidstoets geïntroduceerd naast het causaliteitsvereiste en aldus causaliteit en waarschijnlijkheid scherp gescheiden. Ook Köster had betoogd dat het “*niet gaat om een vraag van causaliteit, in welke zin dan ook, doch om een vraag van aansprakelijkheidsverband*”.²³³ In *Waterwingebied Leeuwarden* had de Hoge Raad de redelijke toerekening wel als uitwerking van het causaliteitsvereiste geframed. De Hoge Raad had, anders dan de wetgever, wél te maken met art. 1401 (oud) BW en hij kon ook minder goed buitenwettelijke eisen aan aansprakelijkheid stellen – zeker waar hij toch al een nieuwe en niet onomstreden leer ging hanteren. De Hoge Raad was, zoals Ribbius dat in 1906 uitdrukte,²³⁴ aan het ‘roeien met de riemen’ die het burgerlijk wetboek van 1838 bood. Mijn indruk is dat de ontwerpers van het gewijzigd ontwerp dit – bij hun overigens buitengewoon omvangrijke werk – niet hebben doorzien. Waar het driemanschap de toerekening terecht had losgemaakt van de causaliteit, volgden de ontwerpers van het gewijzigd ontwerp de benadering van de Hoge Raad. Het ontwerp voor wat art. 6:98 BW zou gaan worden sprak – anders dan Kösters ontwerp-artikel²³⁵ – van toerekenen “*als een gevolg van deze gebeurtenis*”. De wettekst bleef zo ook de doctrine steun geven om de begrenzingsproblematiek als kwestie van ‘juridische causaliteit’ te zien. Het gebrek van art. 1401 (oud) BW bleef zo in het nieuwe wetboek doorwerken.²³⁶

107. In de ontwerp-bepaling voor wat art. 6:98 BW worden zou, werd een belangrijk element van Kösters toerekeningsleer gevolgd: de aard van de aansprakelijkheid en de aard van de schade werden daarin genoemd.²³⁷ Waarom de aard van de aansprakelijkheid wordt genoemd en niet de aard van de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust, zoals Köster had voorgesteld, wordt niet afzonderlijk toegelicht. De memorie van antwoord vermeldt dat deze toerekeningsmaatstaf als voordeel heeft dat de rechter verplicht is zijn beslissing te motiveren met de werkelijke overwegingen die daaraan ten grondslag liggen. Bewust is gekozen om in de bepaling niet uitdrukkelijk te verwijzen naar de redelijkheid, om niet te suggereren dat het gaat om een “*discretionaire bevoegdheid*” van de rechter.²³⁸ Dit sloot aan bij Kösters opvatting dat in gevallen van gelijke geaardheid de

232 Parl. Gesch. Boek 6, p. 344 (M.v.A. II).

233 Köster 1963, p. 15.

234 Ribbius 1906, p. 211.

235 Kösters stond voor beslissend te maken of de schade “*naar redelijkheid kan worden toegerekend aan de aangesproken partij*”, zie nader nr. 96.

236 In het gewijzigd ontwerp werd overigens het door het driemanschap uit de causaliteit halen van de problematiek van de eigen schuld, mijns inziens terecht, niet ook weer ongedaan gemaakt.

237 Parl. Gesch. Boek 6, p. 344 (M.v.A. II).

238 Parl. Gesch. Boek 6, p. 345 (M.v.A. II).

rechter een algemene redelijkheidsregel diende toe te passen. Wellicht heeft men op dit punt ook inspiratie gevonden bij Bloembergen, die ter nadere duiding van het toerekenen naar redelijkheid schreef:

*“men [zou] kunnen zeggen, dat de omvang van de aansprakelijkheid naar ongeschreven recht afgebakend moet worden. Aldus doet men wellicht nog het beste uitkomen, dat het hier (...) niet gaat om een beslissing van geval tot geval, maar om rechtsregels, die weliswaar niet in de wet te vinden zijn, maar daarom niet ophouden regel te zijn.”*²³⁹

Aan het pleidooi van Köster om de relativiteitsbepaling en de waarschijnlijkheids/voorzienbaarheidsbepaling om te smelten tot één bepaling waarin onder meer aan de hand van de aard van de aansprakelijkheid en de aard van de schade beoordeeld diende te worden of de schade naar redelijkheid aan de laedens kon worden toegerekend, wordt in de memorie van antwoord merkwaardigerwijs geen aandacht besteed. Ook hier lijkt het gewijzigd ontwerp de Hoge Raad te volgen. In het navolgende zullen zij zien dat het naast elkaar hanteren van het relativiteitsvereiste en de toerekeningsbepaling tot doublures leidt.

Waar het stelsel van art. 1283 en 1284 (oud) BW Franse wortels had en de relativiteitsleer van Duitse origine was, stond met het ontwerp voor art. 6:98 BW een onbeproefde²⁴⁰ theorie van Nederlandse bodem op het punt om in de wet opgenomen te worden. Per 1 januari 1992 kregen de ontwerp-bepalingen kracht van wet.

2.9 Huidige positie van de Hoge Raad

108. Tegenwoordig interpreteert de Hoge Raad art. 6:163 en 6:98 BW op hoofdlijnen als volgt.

109. Ter zake van art. 6:163 BW hanteert de Hoge Raad sinds *Duwbak Linda*²⁴¹ de volgende formule:

“Bij de beantwoording van de vraag of voldaan is aan het in art. 6:163 BW neergelegde vereiste dat de geschonden norm strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden, komt het aan op het doel en de strekking van de geschonden norm, aan de hand waarvan moet worden onderzocht tot welke personen en tot welke schade en welke wijzen van ontstaan van schade de daarmee beoogde bescherming zich uitstrekt.” (rov. 3.4.1)

²³⁹ Bloembergen 1965, nr. 128.

²⁴⁰ Vgl. Bloembergen 1965, nr. 134 die, omdat het recht nog zo zeer in ontwikkeling was, het standpunt innam dat het de voorkeur verdiende om in de toerekeningsbepaling in de wet te volstaan met een algemene verwijzing naar de redelijkheid, net zoals in de ontwerp-bepaling over voordeelstoerekening, in plaats van de door Köster voorgestelde enuntiatieve opsomming van relevante factoren te geven. Opvallend is dat waar Bloembergen in 1965 de bepaling voor voordeelstoerekening aanwees als voorbeeld voor een bepaling omtrent schadetoerekening, de Hoge Raad – omgekeerd – in HR 8 juli 2016, *NJ* 2017/262 m.nt. S.D. Lindenberg en J.S. Kortmann (*Tennet/ABB*) art. 6:98 BW en de daarin neergelegde verwijzing naar de aard van de aansprakelijkheid en de aard van de schade heeft gebruikt om de bepaling voor voordeelstoerekening te ‘verduidelijken’.

²⁴¹ HR 7 mei 2004, *NJ* 2006/281 m.nt. J. Hijma (*Duwbak Linda*). Zie voorts: HR 24 april 2006, *NJ* 2009/485 m.nt. M.R. Mok (*Pfizer/Cosmétique*), rov. 4.2.3; HR 13 oktober 2006, *NJ* 2008/527 m.nt. C.C. van Dam (*DNB/Vie d’Or*), rov. 4.2.2; HR 10 november 2006, *NJ* 2008/491 m.nt. J.B.M. Vranken (*Astrazeneca/Amicon*), rov. 3.3.2; en HR 20 september 2019, ECLI:NL:HR:2019:1409 (*Schietincident Alphen aan den Rijn*), rov. 3.1.3.

Opvallend is dat de Hoge Raad de negatieve geformuleerde uitzonderingsregel van art. 6:163 BW (“*Geen verplichting tot schadevergoeding bestaat, wanneer de geschonden norm niet strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden.*”) parafraseert als positieve voorwaarde: “*het in art. 6:163 BW neergelegde vereiste dat de geschonden norm strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden*”.

De door zowel het driemanschap als de opstellers van het gewijzigd ontwerp aangehangen driedeling van de toetsing aan het relativiteitsvereiste is met deze formule door de Hoge Raad overgenomen. De Hoge Raad heeft tevens de term *doel* van de norm geïntroduceerd. De formulering dat het bij de bepaling van de strekking van een norm aankomt op het doel van die norm en de strekking ervan, geeft het gevoel te maken te hebben met een soort cirkelredenering en lijkt minder doordacht.

In *Pfizer/Cosmétique*²⁴² en *Astrazeneca/Amicon*²⁴³ heeft de Hoge Raad – aansluitend bij zijn herformulering van de regel van art. 6:163 BW als positief vereiste – geoordeeld dat geen geldend recht is de opvatting dat een norm in beginsel strekt ter bescherming van allen die als gevolg van overtreding daarvan schade kunnen lijden en wel ter bescherming tegen alle schade die aan de dader op de voet van art. 6:98 BW als een gevolg van die overtreding kan worden toegerekend.

De jurisprudentie van de Hoge Raad over art. 6:163 BW laat zich in drie hoofdcategorieën indelen. In de eerste plaats is er jurisprudentie waarin wordt geoordeeld dat een gelaedeerde burger aan een door een overheidsinstantie geschonden norm geen aanspraak op schadevergoeding tegenover die overheidsinstantie kan ontlenen en dat ongeacht de met die norm beoogde bescherming. Deze jurisprudentie bespreek ik in nr. 132 t/m 142 en in § 5.3. In de tweede plaats is er jurisprudentie waarin de met de geschonden norm of met de toepasselijke kwalitatieve aansprakelijkheid beoogde bescherming wordt uitgelegd en aansprakelijkheid aan de hand daarvan al dan niet wordt begrensd. Deze jurisprudentie bespreek ik in § 8.3. In de derde plaats is er jurisprudentie waarin het relativiteitsvereiste wordt gebruikt om algemene, niet aan de met de geschonden norm daadwerkelijk beoogde bescherming ontleende, grenzen aan aansprakelijkheid tot uitdrukking te brengen. Het gaat hierbij om het voorkomen van de doorkruising van een publiekrechtelijke regeling, het voorkomen van de doorkruising van de vennootschapsrechtelijke rechtsorde en het voorkomen van de doorkruising van de verzekeringsrechtelijke subrogatieregeling (nr. 143 t/m 151 in hoofdstuk 13). Verder gaat het hierbij om het begrenzen van aansprakelijkheid indien de gelaedeerde *in pari delicto* verkeert of schade heeft geleden in een niet-rechtmatig belang (nr. 120 t/m 131 en hoofdstuk 14).

110. Ter zake van de schadetoerekening stelt de Hoge Raad in zijn rechtspraak veelal de formule van art. 6:98 BW voorop:

“In het kader van de toerekening als bedoeld in art. 6:98 BW gaat het om de vraag of de schade in zodanig verband staat met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid van de schuldenaar

242 HR 24 april 2006, NJ 2009/485 m.n.t. M.R. Mok (*Pfizer/Cosmétique*), rov. 4.2.2 en 4.2.3.

243 HR 10 november 2006, NJ 2008/491 m.n.t. J.B.M. Vranken (*Astrazeneca/Amicon*), rov. 3.3.1 en 3.3.2.

*berust, dat zij hem, mede gezien de aard van de aansprakelijkheid en van de schade, als een gevolg van deze gebeurtenis kan worden toegerekend.*²⁴⁴

De Hoge Raad blijft hier dus dicht bij de bewoordingen van de wet. Recent heeft de Hoge Raad geoordeeld dat bij de vraag of de schade kan worden toegerekend:

*“(...) alle omstandigheden van het geval moeten worden betrokken, waaronder – zoals art. 6:98 BW bepaalt – de aard van de aansprakelijkheid en van de schade”.*²⁴⁵

De jurisprudentie van de Hoge Raad over art. 6:98 BW laat zich verder ook in drie categorieën indelen. In de eerste plaats is er een aanzienlijke hoeveelheid rechtspraak over situaties waarin een verkeers- of veiligheidsnorm is geschonden en ten gevolge daarvan letsel is ontstaan. Voor deze situatie heeft de Hoge Raad regels gegeven die in het algemeen ertoe leiden dat, ongenueanceerd samengevat, de schade van een primair gelaedeerde kan worden toegerekend. Deze jurisprudentie bespreek ik nader in § 4.5.2. In de tweede plaats is er de jurisprudentie waarin de Hoge Raad heeft geoordeeld dat, omdat de geschonden norm strekt tot bescherming tegen de schade zoals geleden, de schade kan worden toegerekend. Deze rechtspraak behandel ik in § 7.2.2. In deze beide gevallen is sprake van betrekkelijk heldere regels, waarmee zich casus laten oplossen. In de derde plaats is er de jurisprudentie van de Hoge Raad waarin hij uitdrukkelijk of meer impliciet bevestigt dat een bepaalde omstandigheid kan worden meegewogen bij de beoordeling van de toerekenbaarheid van schade. Deze rechtspraak bespreek ik in § 4.3 t/m 4.7.

2.10 Samenvatting

111. Het burgerlijk wetboek van 1838 bepaalde wel dat een verplichting tot vergoeding van veroorzaakte schade ontstond in het geval van een onrechtmatige daad, vanwege diverse kwaliteiten en bij een tekortkoming in de nakoming van een verbintenis. Er was echter geen algemene regeling over de omvang van deze verplichting. Voor het geval van een tekortkoming in de nakoming van een verbintenis bepaalde art. 1283 (oud) BW dat de verplichting tot schadevergoeding beperkt was tot schade die kon worden voorzien ten tijde van het “aangaan” van de verbintenis, en bepaalde art. 1284 (oud) BW dat zelfs in het geval van arglistige wanprestatie de verplichting tot schadevergoeding beperkt is tot schade die “onmiddellijk en dadelijk gevolg” van het tekortschieten is. Deze bepalingen waren vrijwel letterlijke vertalingen van art. 1150 respectievelijk 1151 (oud) CC. Deze Franse bepalingen waren op hun beurt weer gebaseerd op het gedachtegoed van Pothier. Pothier meende dat uit overeenkomst slechts verplichtingen kunnen ontstaan voor zover partijen dat hebben beoogd. Volgens hem konden contracts-

244 HR 29 april 2011, NJ 2011/191 (*Bouwcombinatie BR-4/Liander*), rov. 3.4.4. In dezelfde zin: HR 1 juli 1977, NJ 1978/84 m.nt. G.J. Scholten (*Van Hees/Esbeek*); HR 19 december 2003, NJ 2004/348 (*Onrechtmatige vervolging*), rov. 4.3.3; HR 25 maart 2011, NJ 2011/139 (*X/Hoogheemraadschap Rijnland*), rov. 3.6.4; HR 8 juli 2011, NJ 2011/477 m.nt. J.W. Zwemmer (*Intertrust/Ontvanger*), rov. 3.5.1.

245 HR 3 oktober 2014, NJ 2014/429 (*Swinckels/Saint-Gobain*), rov. 3.5. Zie ook: HR 1 juli 1977, NJ 1978/84 m.nt. G.J. Scholten (*Van Hees/Esbeek*).

partijen in het algemeen niet verondersteld worden zich ook te hebben willen verbinden tot vergoeding van schade die zij bij het aangaan van de overeenkomst niet hebben kunnen voorzien. Voor het overige meende Pothier dat, zelfs bij een opzettelijke wanprestatie, te ver weg liggende en niet noodzakelijke schade niet meer vergoed behoefde te worden. De door Pothier gegeven ratio voor de begrenzing van aansprakelijkheid aan de hand van de voorzienbaarheid van de schade werd in onze literatuur afgewezen: het was een fictie te denken dat deze begrenzing uit de bedoelingen van partijen voortvloeide. Evenwel was men niet in staat de begrenzing van art. 1283 (oud) BW op andere wijze te verklaren. Het vereiste van art. 1284 (oud) BW dat de schade gold als “*onmiddellijk en dadelijk gevolg*” van het tekortschieten, werd in onze doctrine begrepen als eis van causaliteit. Onze in de negentiende eeuw gezaghebbende auteurs waren daarom van oordeel dat laatstgenoemde beperking evengoed gold in het kader van het causaliteitsvereiste bij onrechtmatige daad. De Hoge Raad sloot zich daarbij aan en oordeelde in 1888 in *Ziegelaar/Van der Pek q.q.* dat de schadevergoedingsverplichting uit onrechtmatige daad beperkt was tot schade die het rechtstreekse gevolg van die daad was (§ 2.2).

Het vereiste van rechtstreeks en het onmiddellijk en dadelijk gevolg bleek te leiden tot rechterlijke willekeur en tot een onredelijk strenge begrenzing van aansprakelijkheid. P. Scholten, Simons en Zevenbergen keerden zich begin twintigste eeuw tegen toepassing van deze vereisten. Geïnspireerd door de in Duitsland ontwikkelde theorieën van adequate veroorzaking, bepleitten zij onderscheid te maken tussen feitelijke causaliteit (te beoordelen met de *condicio-sine-qua-non-toets*) en een nadere voorwaarde die gezocht werd in de sfeer van de waarschijnlijkheid of verwachtbaarheid van het gevolg. Vanaf eind jaren twintig van de vorige eeuw begon de Hoge Raad bij de toetsing aan het causaliteitsvereiste bij onrechtmatige daad en bij wanprestatie het criterium te gebruiken of de schade “*het redelijkerwijze te verwachten gevolg*” van die daad of die wanprestatie is. Aanvankelijk gebruikte hij dit criterium om aansprakelijkheid uit te breiden: waar de schade gold als het redelijkerwijze te verwachten gevolg van de onrechtmatige daad of van de wanprestatie, was de schade naar zijn oordeel ook rechtstreeks veroorzaakt. Op deze manier kon de Hoge Raad, onder meer in *Haagsche Post/Ligterink*, voorkomen dat de eis dat schade het rechtstreekse gevolg van de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis is tot een onredelijke begrenzing van aansprakelijkheid leidde. Vervolgens ging de Hoge Raad het criterium van het redelijkerwijs te verwachten gevolg ook gebruiken om aansprakelijkheid af te grenzen: als de schade niet gold als het redelijkerwijs te verwachten gevolg van de onrechtmatige daad of van de wanprestatie, dan was die schade naar zijn oordeel ook niet rechtstreeks veroorzaakt. Het vereiste van het rechtstreekse gevolg en de begrenzing van art. 1284 (oud) BW werden zo overbodig en werden al spoedig niet meer gehanteerd. Ook het vereiste van art. 1283 (oud) BW van voorzienbaarheid van de schade ten tijde van het aangaan van de overeenkomst had zo nauwelijks nog betekenis. Het criterium dat de Hoge Raad hanteerde was aanmerkelijk strenger dan de adequatiecriteria die het Reichsgericht en later het Bundesgerichtshof toepasten. Ook sloot het criterium van de Hoge Raad niet goed aan bij de bedoeling van de Duitse adequatietheoretici om slechts aansprakelijkheid voor zuiver toevallig veroorzaakte gevolgen uit te sluiten (§ 2.3).

In de literatuur begon ondertussen het inzicht door te breken dat de toets of de schade het redelijkerwijs te verwachten gevolg was van de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis, weinig met causaliteit van doen had en een nadere voorwaarde aan aansprakelijkheid was. De nadere voorwaarde werd slechts in het causaliteitsvereiste van art. 1401 (oud) BW ingebed omdat dit goed uitkwam. Onder meer Meijers bepleitte om deze nadere voorwaarde in het vereiste van schuld aan de schade van art. 1401 (oud) BW onder te brengen. Andere auteurs bepleitten de nadere toets buiten de wettelijke vereisten van art. 1401 (oud) BW om te stellen (§ 2.4).

Ook op een ander front was de begrenzing van aansprakelijkheid in geval van onrechtmatige daad de eerste helft van de twintigste eeuw behoorlijk in beweging. In allerlei casus bleek schade als gevolg van een onrechtmatige daad te kunnen ontstaan terwijl onder enigszins andere omstandigheden diezelfde schade door eenzelfde gedraging rechtmatig kon worden toegebracht. Om in dergelijke casus aan de hand van de vereisten van art. 1401 (oud) BW tot de uitkomst te komen dat geen aansprakelijkheid voor die schade bestond, werd een viertal theorieën ontwikkeld: de relativiteitsleer, de leer Smits, de leer van de schuld aan de schade en de leer van Demogue-Besier. In de relativiteitsleer werd aansprakelijkheid, geïnspireerd door § 823 lid 2 BGB, begrensd aan de hand van de strekking van de geschonden norm: waar de geschonden norm niet strekte tot bescherming van de gelaedeerde of het belang waarin hij was geschaad, bestond geen verplichting tot schadevergoeding. De Hoge Raad ging deze regel toepassen en bedde haar, anders dan Van Geleijn Vitringa had gedaan, in het onrechtmatigheidsvereiste in. In de leer Smits was van een onrechtmatige daad slechts sprake indien een gedraging op grond van het ongeschreven recht met het oog op bepaalde belangen van bepaalde personen achterwege gelaten had dienen te worden; in dit kader kon wel van belang zijn dat de gedraging gold als rechtsinbreuk of daarmee een wettelijke norm werd geschonden. De leer van de schuld aan de schade beperkte de schadevergoedingsverplichting tot schade die de laedens ten tijde van zijn gedraging kon of behoorde te voorzien en met het oog waarop hij zich anders had dienen te gedragen. In de leer van Demogue-Besier werd het causaliteitsvereiste zodanig geïnterpreteerd dat daaraan eerst voldaan was indien *condicio-sine-qua-non*-verband aanwezig was tussen het specifiek onrechtmatige element of de onrechtmatigheid van de daad en de schade. De Hoge Raad oarmde geen van deze theorieën zo uitdrukkelijk als de relativiteitsleer. Wel lijkt hij elk van deze theorieën in diverse arresten te hebben toegepast om tot een wenselijke begrenzing van aansprakelijkheid te komen. In de literatuur werden in het midden van de vorige eeuw door diverse auteurs meestal combinaties van deze theorieën aangehangen, wat leidde tot een weinig overzichtelijk oerwoud aan opvattingen over te hanteren dogmatiek (§ 2.5).

In 1961 werd het ontwerp voor boek 6 BW van het driemanschap gepubliceerd. Volgens het driemanschap waren er, zowel voor buitencontractuele als contractuele aansprakelijkheid, drie van elkaar te onderscheiden criteria: feitelijke causaliteit, waarschijnlijkheid van de schade en de strekking van de geschonden norm. Het vereiste van feitelijke causaliteit werd in het ontwerp in de diverse aansprakelijkheidsgrondslagen gesteld. Het ontwerp maakte een scherp onderscheid tussen de relativiteit van de onrechtmatige daad en een regel dat de schade zoals geleden niet vergoed behoefde te worden omdat de geschonden norm niet

strekte tot bescherming daartegen. Dit scherpe onderscheid liet zich erdoor verklaren dat volgens het driemanschap, enerzijds, in het geval van rechtsinbreuk en schending van een norm van ongeschreven recht de vraag of jegens de gelaedeerde onrechtmatig was gehandeld, niet beheerst werd door de strekking van de geschonden norm terwijl, anderzijds, mogelijk was dat wel jegens de gelaedeerde onrechtmatig werd gehandeld, maar dan alsnog geen verplichting tot schadevergoeding diende te ontstaan omdat de geschonden norm niet strekte tot bescherming van het geschade belang en/of niet strekte tot bescherming tegen de wijze waarop dat belang was geschaad. Nieuw ten opzichte van de heersende leer was dat in het ontwerp uit de strekking van de geschonden norm kon volgen dat geen bescherming bestond tegen de bijzondere wijze waarop de schade was ontstaan. In het driemanschapsontwerp diende steeds aan het causaliteitsvereiste, het jegensvereiste en het waarschijnlijkheidsvereiste getoetst te worden. De bepaling over de strekking van de geschonden norm had alleen betekenis als bleek dat deze strekking niet was om te beschermen tegen de schade zoals geleden. Voor het geval van de schending van een wettelijke norm bepaalde het ontwerp bovendien dat aan het jegensvereiste was voldaan, tenzij bleek dat de norm een andere strekking had. Onder invloed van Duitse ontwikkelingen was het driemanschap verder tot de opvatting gekomen dat ook bij aansprakelijkheid vanwege wanprestatie men "*zich telkens [zal] moeten afvragen*" of de geschonden norm strekt tot bescherming tegen de schade zoals geleden, maar werd om minder duidelijke redenen nagelaten hiervoor een bepaling te ontwerpen. De toets aan de waarschijnlijkheid/voorzienbaarheid van de schade was door het driemanschap, daarmee de literatuur volgend, geheel uit het causaliteitsvereiste gehaald. Het driemanschap was verder van mening dat de vereiste waarschijnlijkheid/voorzienbaarheid afhing van de omstandigheden van het geval. Om die reden was in het ontwerp niet het criterium van de Hoge Raad overgenomen, maar het veel flexibelere criterium waarin de waarschijnlijkheid/voorzienbaarheid van de schade een rol speelde. De leer Smits, de leer van schuld aan de schade en de leer van Demogue-Besier werden door het driemanschap afgewezen (§ 2.6).

Vóór het gereedkomen van het ontwerp hadden diverse auteurs al kritiek geuit op het door de Hoge Raad gehanteerde vereiste van het redelijkerwijs te verwachten gevolg. Van Brakel meende dat ondanks de uiterlijke schijn dat dit criterium werd toegepast, het in werkelijkheid erop aankwam of billijk was om de laedens voor de veroorzaakte schade aansprakelijk te houden. Losecaat Vermeer betoogde dat minder gelukkig was om op dit stuk, zoals de Hoge Raad deed, één regel te stellen en dat het op de redelijkheid aankwam. Meijers en Vigelius en later ook Van Opstall waren van mening dat de benodigde mate van waarschijnlijkheid afhankelijk was van de omstandigheden van het geval. Het driemanschap had zijn ontwerp gebaseerd op dat laatste, minder ver gaande standpunt. In 1962 kwam de kritiek tot een apotheose in de intreerede van Köster. Köster keerde zich tegen het stelsel waarin de strekking van de geschonden norm en de toetsing van waarschijnlijkheid van schade uit elkaar werden getrokken. De leer van de adequate veroorzaking was volgens hem een toverformule waarin het criterium steeds subtiel werd aangepast om een wenselijk resultaat te verkrijgen. Ook de relativiteitsleer was volgens hem een toverformule. Waar eenmaal sprake was van feitelijk causaal verband tussen de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis en de schade, diende volgens Köster beoordeeld te worden of die schade ook naar redelijkheid kon worden toegerekend. In Kösters toerekeningsleer

ging zowel de leer van de adequate veroorzaking als de relativiteitsleer op. Scharnierpunten in deze toerekeningsleer waren de aard van de aansprakelijkheid en de aard van de schade. In gevallen van dezelfde “geaardheid” zou dezelfde “algemene redelijkheidregel” de toerekenbaarheid van veroorzaakte schade beheersen. Köster meende dat waar rechters hun oordeel konden motiveren aan de hand van de werkelijke redenen, er in de literatuur categorieën van te onderscheiden gevallen en bijbehorende redelijkheidregels geconstrueerd zouden kunnen worden. Kösters opvattingen oogstten in de literatuur afkeuring, omdat de rechter geen houvast werd geboden, maar ook bijval, omdat zowel in de rechtspraak als in de literatuur op deze manier aansprakelijkheid zou kunnen worden begrensd aan de hand van werkelijke redenen. In 1970 ging de Hoge Raad in *Waterwingebied Leeuwarden* voor de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad om: in het kader van het causaliteitsvereiste beoordeelde hij niet langer of de schade kon gelden als het redelijkerwijs te verwachten gevolg, maar of de schade redelijkerwijs als gevolg van de onrechtmatige daad ten laste kon worden gebracht van de pleger van deze daad. Voor aansprakelijkheid uit wanprestatie is de Hoge Raad minder duidelijk omgegaan (§ 2.7).

In het vervolg van het wetgevingsproces werd aanvankelijk stevige kritiek geuit op de waarschijnlijkheidstoets van het driemanschap. De Raad van State meende dat beter was deze bepaling te laten vervallen en de problematiek te blijven oplossen in het causaliteitsvereiste. Ook de Kamercommissie gaf aanvankelijk de voorkeur aan het criterium van de Hoge Raad. In het gewijzigd ontwerp uit 1976 – na *Waterwingebied Leeuwarden* – werd de waarschijnlijkheidstoets van het driemanschap vervangen door een toerekeningsbepaling waarin de aard van de aansprakelijkheid en de aard van de schade uitdrukkelijk een rol speelden. Anders dan de waarschijnlijkheidstoets in het driemanschapsonwerp, en anders dan Köster had beoogd, werd de toerekeningsbepaling gezien als uitwerking van het causaliteitsvereiste. Ook anders dan Köster had voorgestaan kwam deze bepaling niet in plaats van de strekkingsbepaling en de waarschijnlijkheidstoets, maar slechts in plaats van de waarschijnlijkheidstoets. De strekkingsbepaling bleef behouden, maar werd wel aanzienlijk vereenvoudigd. De uitdrukkelijke regels die in het geval van onduidelijkheid van de strekking van de geschonden norm de begrenzing van aansprakelijkheid kanaliseerden naar een toerekeningsvraag, werden in het gewijzigd ontwerp uit de wettekst gehaald maar in de memorie van antwoord overigens wel onderschreven (§ 2.8).

De Hoge Raad heeft ten aanzien van het relativiteitsvereiste het volgende geoordeeld. Ter bepaling van de strekking van de geschonden norm hanteert hij de enigszins merkwaardige formule dat het aankomt op het doel en de strekking van de geschonden norm, aan de hand waarvan onderzocht moet worden tot welke personen en tot welke schade en welke wijzen van ontstaan van schade de met de norm beoogde bescherming zich uitstrekt. Van het relativiteitsvereiste heeft de Hoge Raad een meer positief vereiste gemaakt. De Hoge Raad heeft afgewezen de opvatting dat, bij onduidelijkheid over de strekking van de geschonden norm, aan het relativiteitsvereiste is voldaan en de omvang van de aansprakelijkheid door middel van de schadetoerekening gereguleerd dient te worden. Ter zake van het toerekeningsvereiste herhaalt de Hoge Raad veelal de door art. 6:98 BW gegeven formule en heeft hij geoordeeld dat alle omstandigheden van het geval bij de beoordeling van de toerekenbaarheid van de veroorzaakte schade moeten worden betrokken (§ 2.9).

3.1 Inleiding

112. Een tweede onderwerp dat in deze verkennende en voorbereidende beschouwingen aandacht verdient, is de verhouding tussen het relativiteitsvereiste en het vereiste van toerekenbaarheid van schade. In het geval van buitencontractuele aansprakelijkheid reguleren beide vereisten aan wie de schadevergoedingsremedie toekomt en welke schade van diegene(n) vergoed dient te worden. In het geval van contractuele aansprakelijkheid heeft als uitgangspunt alleen de schuldeiser aanspraak op schadevergoeding en ligt vervolgens de nadruk op het toerekeningsvereiste. In hoofdstuk 2 bleek dat het huidige stelsel van relativiteit en toerekening bij buitencontractuele aansprakelijkheid het resultaat is van een heel geleidelijke evolutie die de vorige eeuw heeft plaatsgevonden.

Vanaf eind jaren twintig van de vorige eeuw is de Hoge Raad zowel de relativiteitsleer als de leer van de adequate veroorzaking gaan toepassen. Aanvankelijk was volgens de relativiteitsleer beslissend of de geschonden buitencontractuele norm strekte tot bescherming van de persoon van de gelaedeerde en het belang waarin hij geschaad was.¹ Dit criterium werd ingebed in het onrechtmatigheidsvereiste, tezamen met de vraag of überhaupt sprake is van een onrechtmatige daad. In de leer van de adequate veroorzaking was beslissend of de schade zoals geleden kon gelden als het redelijkerwijs te verwachten gevolg van de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis.² Dit criterium werd ingebed in het causaliteitsvereiste, tezamen met de vraag of van feitelijke causaliteit sprake is. In het driemanschapsontwerp werd de relativiteitsleer verder verrijkt: onderkend werd dat het ook mogelijk is dat de norm niet strekt tot bescherming tegen *de wijze waarop* de schade is ontstaan. Verder werd in dit ontwerp een eigen bepaling aan de strekking van de geschonden norm geweid, en de begrenzing aan aansprakelijkheid in het geval de geschonden norm niet strekt tegen de schade zoals geleden zo losgemaakt van het onrechtmatigheidsvereiste en deels ook van de relativiteit van de onrechtmatige daad.³ De leer van de adequate veroorzaking werd in het driemanschapsontwerp ook verrijkt: de benodigde mate van waarschijnlijkheid ging afhangen van de omstandigheden van het geval. De waarschijnlijkheids/voorzienbaarheidstoets werd in het ontwerp verder geheel losgemaakt van het causaliteitsvereis-

1 Zie § 2.5.2.

2 Zie § 2.3.2.

3 Zie § 2.6.2.

te.⁴ In de memorie van antwoord bij het gewijzigd ontwerp werd onderkend dat de strekking van een geschonden norm soms niet volgt uit de bedoeling van de opsteller van de norm. In het gewijzigd ontwerp werd verder, na het omgaan van de Hoge Raad in *Waterwingebied Leeuwarden*,⁵ de waarschijnlijkheids/voorzienbaarheidstoets van het driemanschap vervangen door een open bepaling waarin de toerekenbaarheid van schade beoordeeld diende te worden, onder meer gezien de aard van de aansprakelijkheid en de aard van de schade.⁶ Anders dan Köster had voorgesteld, werden niet de relativiteitstoets en de waarschijnlijkheidstoets tezamen vervangen door één bepaling omtrent redelijke toerekening.⁷ De Hoge Raad heeft vervolgens verworpen de door de wetgever voorgestane kanalisatie naar het toerekeningsvereiste in het geval de strekking van de geschonden norm onduidelijk is.⁸ Tevens lijkt de Hoge Raad van het relativiteitsvereiste een meer positief vereiste te willen maken.⁹ Bij de beoordeling van de toerekenbaarheid van schade dienen, volgens de Hoge Raad, alle omstandigheden van het geval betrokken te worden, in het bijzonder de strekking van de geschonden norm.¹⁰

Aanvankelijk werden bij de toetsing aan het relativiteitsvereiste en bij de toetsing of de schade adequaat was veroorzaakt geheel verschillende aspecten van een casus beoordeeld naar verschillende maatstaven. Geleidelijk is dit veranderd en zijn het relativiteitsvereiste en het toerekeningsvereiste, als opvolger van de toets of de schade adequaat is veroorzaakt, over elkaar heen gegroeid. Tegenwoordig heeft het relativiteitsvereiste ook betrekking op de wijze waarop de schade is ontstaan, terwijl ook andere factoren dan de beoogde bescherming bij de bepaling van de strekking van de geschonden norm relevant kunnen zijn. Andersom kan in het kader van het toerekeningsvereiste, anders dan bij de beoordeling of de schade adequaat is veroorzaakt, ook de strekking van de geschonden norm van belang zijn. Waar verder aanvankelijk het relativiteitsvereiste een noodventiel bood voor de uitzonderings situatie waarin de geschonden norm duidelijk niet de gelaedeerde of het belang waarin hij was geschaad beoogde te beschermen, lijkt de Hoge Raad hiervan een positief vereiste voor buitencontractuele aansprakelijkheid te willen maken dat op gelijk niveau staat met het toerekeningsvereiste. Deze evolutie doet de vraag rijzen hoe het onderscheid tussen het relativiteitsvereiste en het toerekeningsvereiste geduid en gewaardeerd dient te worden.

113. In het navolgende geef ik eerst enkele opvattingen hierover weer, zowel van bestrijders als van verdedigers van het onderscheid (§ 3.2). Daarna werk ik uit hoe andere omstandigheden dan de met de norm beoogde bescherming een belangrijke rol kunnen spelen in het relativiteitsvereiste en betoog ik dat de redelijkheid van de verkregen begrenzing van aansprakelijkheid het beslissende criterium is bij de bepaling van de strekking van de geschonden norm (§ 3.3). Andersom komt, zo zet ik daarna uiteen, bij de beoordeling van de toerekenbaarheid van schade belangrijke betekenis toe aan de met de geschonden norm beoogde bescherming (§ 3.4). Op grond hiervan betoog ik dat het onderscheid tussen relativiteit en toerekening, zoals door de wet gemaakt, ongelukkig is (§ 3.5).

4 Zie § 2.6.3.

5 Zie § 2.7.4.

6 Zie § 2.8.2.

7 Zie § 2.8.2.

8 Zie § 2.6.2 en 2.9.

9 Zie § 2.9.

10 Zie § 2.9.

Vervolgens behandel ik de vraag hoe ik de begrenzingsproblematiek in dit boek zal benaderen (§ 3.6). Afgesloten wordt met een samenvatting (§ 3.7).

3.2 Enkele opvattingen in de literatuur

114. In de literatuur is de scheiding tussen relativiteit, enerzijds, en ‘juridische causaliteit’ of toerekening, anderzijds, herhaaldelijk bestreden. Dit gebeurde vanaf het moment dat het inzicht doorbrak dat met de toets of de schade adequaat is veroorzaakt niet een causaliteitsprobleem maar een toerekeningsprobleem wordt opgelost en daarbij betracht wordt om tot een redelijke grens aan aansprakelijkheid voor veroorzaakte schade te komen.¹¹

115. Van Brakel schreef in 1948 in zijn *Leerboek van het Nederlandse Verbintenissenrecht* over de ‘juridische causaliteit’ reeds:

*“Het is een vraag van toerekening, die eerst gesteld kan worden, nadat de causaliteitsvraag is opgelost [met behulp van de condicio-sine-qua-non-toets], en die zelf haar antwoord vindt in overwegingen van rechtvaardigheid en doelmatigheid (...) Als men dit inziet, begrijpt men ook, dat men de bovenbesproken leer van de relativiteit der normen niet nodig heeft om ongewenste consequenties af te snijden. Dat zou ook en beter kunnen gebeuren, door deze toerekeningsmethode, welke ten onrechte een deel der causaliteitsvraag geacht wordt te zijn, te verfijnen.”*¹²

Köster heeft zich in 1962 in zijn inaugurele rede, zonder succes, gekeerd tegen het door het driemanschapontwerp uit elkaar trekken van het relativiteitsvereiste (art. 6.3.1.2 O.M.) en het vereiste van waarschijnlijkheid/voorzienbaarheid van de schade (art. 6.1.9.4 O.M.). Naar het oordeel van Köster wordt

“[d]e vraag van het voor een schadevergoedingsplicht vereiste verband tussen enerzijds de gebeurtenis, waarop de aansprakelijkheid berust, en anderzijds de schade, (...) [vanwege deze beide bepalingen] in het ontwerp tweemaal behandeld. (...) [beide bepalingen] betreffen dezelfde vraag, t.w. welk verband tussen aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis en schade moet bestaan om de schadelijke gevolgen aan de aangesproken partij te kunnen ‘aanrekenen’ of ‘toerekenen’”.¹³

Köster schreef dat

“[h]et grote bezwaar van deze methode [het uit elkaar trekken van relativiteit en toerekening] is dat de samenhang welke tussen de verschillende criteria bestaat, wordt doorgenhakt”.¹⁴

Zowel de relativiteitsleer als de leer van de adequate veroorzaking reikte volgens Köster een toverformule aan. Beter was volgens hem om niet langer aan deze

11 Zie § 2.4.

12 Van Brakel 1948, p. 613. Van Brakel bouwde hier voort op zijn opvatting, zoals naar voren gebracht in Van Brakel 1934a, nr. 12702 en Van Brakel 1934b, nr. 12798, dat het bij ‘juridische causaliteit’ gaat om billijkheids- en doelmatigheidsoverwegingen en deze overwegingen worden gecamoufleerd in causale termen; zie § 2.7.1 hiervoor.

13 Köster 1963, p. 12, 13.

14 Köster 1963, p. 13.

toverformules, die slechts schijnbaar houvast boden, vast te klampen en om beide vereisten te vervangen door één toerekeningsbepaling waarin de redelijkheid het beslissende criterium is.¹⁵

Lankhorst heeft in zijn in 1992 gepubliceerde dissertatie betoogd dat de ‘juridische causaliteit’ geheel zou moeten opgaan in de relativiteit:

“[a]llerlei causale metaforen zijn minder geschikt om tot uitdrukking te brengen, dat de civiele aansprakelijkheid precies zo ver reikt als wij zelf vinden dat juist is. Voor deze gedachtegang is een andere kapstok meer geschikt: de gedragsnorm die overtreden is.”¹⁶

Schoordijk stond in 1995 ook integratie voor:

“Een theorie, als de belangen die door art. 6:162 (art. 1401 BW) beschermd worden, de relativiteitsleer; het denken over causaliteit, ze moeten geïntegreerd en ontmaskerd worden als instrumenten in handen van een rechtspolitiek denken, dat onder het mom van een puur juridisch denken schuilgaat.”¹⁷

Niet zonder belang is in dit kader Schoordijks opvatting dat een norm van zichzelf geen strekking heeft, maar wij normen een strekking geven.¹⁸

Van Dunné heeft herhaaldelijk afschaffing van de relativiteitsleer ten gunste van de toerekeningsleer bepleit:

“Dan krijgen wij eindelijk zicht op de rechtsvragen waar het hier in werkelijkheid om gaat: het toerekenen en toedelen van aansprakelijkheid voor schade in complexe situaties, in een gecompliceerde samenleving.”¹⁹

Verheij heeft in 2014 geschreven dat de wetgever

“[t]en onrechte (...) beide leerstukken [relativiteit en toerekening] naast elkaar [heeft] gezet waardoor de samenhang is ‘doorgehakt’”.

Volgens Verheij gaat het bij de toepassing van de relativiteitsleer om méér dan het uitleggen van de norm en hanteert men in beide leerstukken dezelfde gezichtspunten. Verheij heeft om deze reden voorgesteld om beide leerstukken in één normatieve toets te laten opgaan, waarbij de strekking van de geschonden norm een gezichtspunt is.²⁰

116. Ondanks deze kritische opvattingen wordt in het algemeen het wettelijke stelsel waarin het relativiteitsvereiste en het toerekeningsvereiste naast elkaar staan, als een vanzelfsprekendheid aanvaard. Slechts bij uitzondering wordt het onderscheid nader geduid of verdedigd. Bloembergen behandelde in zijn dissertatie, anders dan in de Nederlandse literatuur doorgaans gebeurt, relativiteit en

15 Zie § 2.7.2. Dat Kösters leer van de redelijke toerekening ook diende ter vervanging van de relativiteitsleer, blijft in de literatuur in het algemeen onbelicht, exemplarisch is Asser/Sieburgh 6-II 2017, nr. 58.

16 Lankhorst 1992a, p. 163 t/m 168.

17 Schoordijk 1995, p. 148.

18 Schoordijk 1979, p. 365.

19 Van Dunné 2007, p. 140. Zie ook Van Dunné 2004, p. 257 t/m 273.

20 Verheij 2014, p. 100 e.v.

toerekening wel tezamen in zijn hoofdstuk “*Het verband tussen onrechtmatige daad en schade*”. Bloembergen komt in dat hoofdstuk tot de conclusie dat “*relativiteitsbeginselen*” in bepaalde gevallen van belang zijn om bepaalde personen en bepaalde belangen van vergoeding uit te sluiten, maar ontoereikend zijn om de omvang van de aansprakelijkheid te beheersen omdat de door interpretatie te achterhalen strekking van normen als regel geen uitsluiting over deze omvang verschaft.²¹

Hartkamp en Sieburgh schrijven dat men in theorie wel de wettelijke formulering van het relativiteitsvereiste zou kunnen missen naast art. 6:98 BW: overwegingen die men ontleent aan het relativiteitsvereiste zouden dan worden ingebracht bij de beoordeling van de toerekenbaarheid van schade. Een dergelijke comprimering komt, volgens hen, niet ten goede aan de overzichtelijkheid van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht. Zij wijzen erop dat in theorie ook de eigenschuldbeoordeling (art. 6:101 BW) zou kunnen worden geschrapt omdat de eigenschuldproblematiek zich ook in art. 6:98 BW laat oplossen. Het schrappen van de eigenschuldbeoordeling zou het recht minder overzichtelijk maken. Andersom menen Hartkamp en Sieburgh dat voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad de schadetoerekening niet volledig in het relativiteitsvereiste kan opgaan omdat in laatstgenoemd vereiste onder meer de mate van schuld en het al dan niet bestaan van een verzekeringsdekking niet kan worden meegewogen.²²

Nieuwenhuis heeft ter verdediging van het stelsel meer laconiek geschreven:

*“Het kan geen kwaad als een rechtsstelsel ter oplossing van een categorie problemen twee sleutels in huis heeft. Soms past de ene beter dan de andere, soms ook maakt het weinig uit.”*²³

3.3 De redelijkheid in het relativiteitsvereiste...

3.3.1 *Inleiding*

117. Op grond van art. 6:162 lid 1 BW is de pleger van een onrechtmatige daad alleen verplicht om de schade te vergoeden aan degene(n) *jegens* wie hij onrechtmatig heeft gehandeld. Art. 6:163 BW voegt daaraan toe dat geen verplichting tot schadevergoeding bestaat, wanneer de geschonden norm niet strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden. Naar algemeen wordt aangenomen, wordt de strekking van de geschonden norm bepaald door interpretatie van die norm.²⁴ In deze methode lijkt op het eerste gezicht ook de grens te liggen aan wat met de relativiteitsleer mogelijk is: aansprakelijkheid wordt begrensd met behulp van hetgeen ‘uit de norm’ kan worden gehaald. Niet

21 Bloembergen 1965, nr. 124.

22 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015, nr. 144.

23 Nieuwenhuis 1982, p. 482.

24 Zie over de benadering van de Hoge Raad nr. 109 en zie verder: Bloembergen 1965, nr. 122; Van Nispen 1978 nr. 98; Lankhorst 1992a, p. 117 e.v.; Hijma in zijn NJ-annotatie bij HR 7 mei 2004, NJ 2006, 281 (*Duwbak Linda*), nr. 4; Spier in zijn conclusie vóór HR 10 november 2006, NJ 2008/491 m.nt. J.B.M. Vranken (*Astrazanecca/Amicon*), § 4.14 en in zijn conclusie vóór HR 8 oktober 2010, NJ 2011/465 m.nt. T. Hartlief (*Hangmat*), § 4.4.1; en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015, nr. 129.

alle grenzen aan aansprakelijkheid liggen echter in de geschonden gedragsnorm besloten. Bloembergen schreef in dit verband helder:

*“Maar iedere interpretatie heeft haar grenzen; vroeg of laat komen wij op het punt, waarop interpretatie van de overtreden norm ons geen enkel licht kan verschaffen omtrent de vraag of de benadeelde ter zake van een bepaalde schade een vordering uit art. 1401 [oud] BW heeft. En als wij in zo'n geval dan toch zeggen, dat uit de strekking van de overtreden norm volgt, dat aan de benadeelde wel of niet een vordering toekomt, dan kan men zulks moeilijk anders dan toevanarij noemen. De beslissing is dan immers in werkelijkheid niet genomen op grond van een door middel van interpretatie blootgelegde strekking van de norm.”*²⁵

Deze opvatting over de grens aan de mogelijkheden van de relativiteitsleer spreekt mij aan. Zij sluit echter niet aan bij wat (inmiddels) in werkelijkheid bij de toetsing aan het relativiteitsvereiste gebeurt. Dat zal ik in het navolgende verder bespreken.

118. Uit de norm, het gedragsvoorschrift, zélf volgt in het algemeen betrekkelijk weinig over de strekking ervan. Men interpreteert de geschonden norm daarom niet in het luchtledige, maar steeds in een zekere context. Wanneer bijvoorbeeld sprake is van een wettelijke verplichting, interpreteert men de norm tegen de achtergrond van de wet waar de norm onderdeel van is. Men kijkt dan ook naar de bedoeling van de wetgever. Voor de hand ligt om aan die bedoeling een redelijke uitleg te geven. Deze uitleg hoeft niet te worden gebaseerd op hetgeen bekend is over de subjectieve bedoeling van de wetgever, maar kan worden geobjectiveerd: wat zou een redelijke wetgever bedoeld hebben? Op die manier is het mogelijk om bij de bepaling van de strekking van een norm, de redelijkheid beslissend te laten zijn. Wat men met het interpreteren van een geschonden norm kan, hangt vooral ervan af hoe ruim de context gekozen wordt waarin de norm wordt geïnterpreteerd.

Verhelderend is hoe volgens Lange en Schiemann het beschermingsbereik van een norm volgens de Duitse *Schutzzwecklehre* wordt bepaald: *“Es wird nicht nur aus der einzelnen Norm und aus der jeweiligen vertraglichen oder gesetzlichen Verhaltenspflicht argumentiert, sondern auch einen Aufstellung allgemeiner Regeln gefordert, die aus dem Sinn und Zweck einer Gruppe von Haftungsnormen, auf im Haftungsrecht verankerten funktionalen Zusammenhängen, aus dem Gedanken einer gerechten Risikoverteilung oder dem Sinn und Zweck der Schadensersatzpflicht überhaupt zu gewinnen sind.”*²⁶

119. In het navolgende zal ik laten zien in welke gevallen de strekking van een geschonden norm wordt bepaald aan de hand van andere factoren dan een gebleken met de norm beoogde bescherming. Ik vang aan met een bespreking van diverse grenzen aan aansprakelijkheid die niet volgen uit een gebleken bedoeling

25 Bloembergen 1965, nr. 122. Bloembergen 1993, p. 144, 145 heeft later het proefschrift van Lankhorst (1992a) ermee bekritiseerd dat het bij de toepassing van de relativiteitsleer in allerlei gevallen *“helemaal niet [gaat] om interpretatie van de overtreden norm”* en Lankhorst een te beperkt deel van de rechtswerkelijkheid schetst wanneer hij ervan uitgaat dat het steeds wel om interpretatie gaat. Ook Den Hollander 2016 beperkt zich tot de situaties waarin de strekking van de geschonden norm wordt verkregen door uitleg van de bedoeling van de wetgever.

26 Lange & Schiemann 2003, p. 101.

met de geschonden norm, maar die niettemin in het relativiteitsvereiste tot uitdrukking worden gebracht (§ 3.3.2). Daarna behandel ik de situaties waarin onduidelijk is of beoogd is om degene te beschermen die ten gevolge van de schending van een norm schade heeft geleden, en daarom op een andere manier dan door de vaststelling van het beschermingsdoel moet worden bepaald of jegens diegene onrechtmatig is gehandeld (§ 3.3.3). Vervolgens bespreek ik de situaties waarin de strekking van de geschonden norm ruimer wordt uitgelegd dan de met deze norm beoogde bescherming teneinde een onredelijk scherpe begrenzing van aansprakelijkheid te voorkomen (§ 3.3.4). Tot besluit geef ik een nadere analyse en samenvatting (§ 3.3.5).

3.3.2 *Het relativiteitsvereiste als vehikel voor diverse algemene grenzen aan aansprakelijkheid*

Inleiding

120. Het relativiteitsvereiste wordt gebruikt om diverse algemene grenzen aan aansprakelijkheid tot uitdrukking te brengen die niet volgen uit een gebleken met de geschonden norm beoogde bescherming. In het navolgende bespreek ik achtereenvolgens de grens aan aansprakelijkheid die geldt in het geval van een *in pari delicto* verkerende gelaedeerde, van schade in een niet-rechtmatig belang, van een niet-privaatrechtelijk gesanctioneerde wettelijke norm, van doorkruising van het publiekrecht, van afgeleide schade van een aandeelhouder en van afgeleide schade van een schadeverzekeraar.

De in pari delicto verkerende gelaedeerde

121. In de *in-pari-delicto*-situaties heeft de gelaedeerde zich door zijn eigen gedrag aan de bescherming van de door de laedens geschonden norm onttrokken. Onderscheid dient mijns inziens te worden gemaakt, zoals ik in nr. 539 nader bespreek, tussen twee gevaltypen. In de eerste plaats is er het gevaltype waarin de gelaedeerde met een normschendende gedraging tamelijk dwingend aanleiding geeft voor het door de laedens plegen van een onrechtmatige daad. In de tweede plaats is er het gevaltype waarin de gelaedeerde dezelfde norm heeft geschonden als die hij de laedens verwijt geschonden te hebben.

Een situatie van het eerste type deed zich bijvoorbeeld voor in *Taams/Boudeling*.²⁷ Taams bracht Boudeling met langdurig getreiter ertoe hem een klap te geven. De Hoge Raad oordeelde dat geen blijk gaf van een onjuiste rechtsopvatting ‘s hofs oordeel “*dat het gedrag van Boudeling – hoewel het geven van een klap in beginsel een onrechtmatige daad opleverde – zozeer is uitgelokt door het gedrag van Taams dat het gedrag van Boudeling tegenover Taams niet onrechtmatig was*” (rov. 3.2 en 3.3).

27 HR 31 maart 1995, NJ 1997/592 m.nt. C.J.H. Brunner (*Taams/Boudeling*). Zie ook HR 5 juni 1936, NJ 1937/67 m.nt. P. Scholten (*Berntsen/Remmen*) en HR 23 februari 2007, NJ 2008/492 m.nt. J.B.M. Vranken (*Io Vivat*).

Van een situatie van het tweede type was bijvoorbeeld sprake in *Maas/Willems*.²⁸ Willems vorderde van haar concurrent Maas schadevergoeding op de grond dat deze in strijd met de wet te lage vervoerstarieven rekende. De Hoge Raad oordeelde “*dat, indien waar is dat, zoals Maas heeft gesteld, ten tijde van het ten processe bedoelde vervoer de door Maas gevolgde wijze van berekening van de vrachtprijs in geval van samenlading onder de internationale goederenvervoerders, waaronder Willems, algemeen gangbaar was, niet kan worden gezegd dat Maas zich door de overtreding van dat voorschrift tegenover Willems onbehoorlijk zou hebben gedragen; dat immers in dat geval die vervoerders, waaronder Willems, door zich niet aan het wettelijk tariefvoorschrift te houden, zich op grond van hun eigen gedrag zouden hebben onttrokken aan de privaatrechtelijke bescherming welke zij, voor zover zij zich daar wel aan plachten te houden, aan dat voorschrift op grond van art. 1401 BW tegenover de overtreder hadden kunnen ontleen*”.

Naar vaste rechtspraak wordt in dergelijke *in-pari-delicto*-situaties geoordeeld dat de laedens niet jegens de gelaedeerde onrechtmatig heeft gehandeld en de geschonden norm niet strekt tot bescherming van de gelaedeerde tegen de schade zoals door hem geleden.²⁹ Uit een gebleken bedoeling met de geschonden norm volgt deze grens naar mijn mening niet. In de literatuur is dit ook herhaaldelijk gesignaleerd.

Meijers schreef in zijn annotatie bij *Everts/Van Krimpen*,³⁰ waarin de Hoge Raad oordeelde dat een handeling in strijd met de wet niet een onrechtmatige daad is jegens een concurrent die zich aan een gelijke overtreding heeft schuldig gemaakt: “*Hoe komt de Hooge Raad tot deze beperking? Uit de strekking der bepaling, zoals zij in de Memorie van Toelichting ontwikkeld is, zeker niet.*” Zoals in nr. 105 besproken, werd in de memorie van antwoord bij het gewijzigd ontwerp, onder verwijzing naar *Maas/Willems*³¹ onderkend dat de strekking van de norm soms niet volgt uit een gebleken bedoeling van de wetgever.³² Rutten betoogde dat de begrenzing van aansprakelijkheid in *in-pari-delicto*-situaties, en ook in het geval van de hierna nog te bespreken schade in een niet-rechtmatig belang, niet thuishoorden in de relativiteitsleer, maar in de daarvan te onderscheiden, in nr. 137 te bespreken, leer van de door art. 1401 (oud) BW beschermde belangen. Op deze manier bracht hij tot uitdrukking dat deze grenzen niet uit de geschonden norm volgden, maar golden voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad in het algemeen.³³ Ook Bloembergen heeft, geruime tijd na het verschijnen van zijn dissertatie, geschreven dat in het geval van een *in pari delicto* verkerende gelaedeerde “*interpretatie van de overtreden norm niets [oplevert]*”.³⁴ Vranken noemt in zijn annotatie bij *Io Vivat*³⁵ het beroep op het ontbreken van relativiteit “*nogal kleurloos*” en onderstreept daarmee impliciet dat geen sprake is van een begrenzing van aansprakelijkheid die volgt uit een met de geschonden norm gebleken bedoeling.

28 HR 16 februari 1973, *NJ* 1973/463 m.nt. L.J. Hijmans van den Bergh (*Maas/Willems*). Zie ook HR 24 januari 1936, *NJ* 1936/427 m.nt. E.M. Meijers (*Everts/Van Krimpen*); HR 4 januari 1963, *NJ* 1964/434 m.nt. G.J. Scholten (*Scholten/Scholten Aardappelmeelfabriek*) en HR 23 februari 2007, *NJ* 2008/492 m.nt. J.B.M. Vranken (*Io Vivat*).

29 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/137.

30 HR 24 januari 1936, *NJ* 1936/427 m.nt. E.M. Meijers (*Everts/Van Krimpen*).

31 HR 16 februari 1973, *NJ* 1973/463 m.nt. L.J. Hijmans van den Bergh (*Maas/Willems*).

32 Zie § 2.7.4.

33 Asser-Rutten 4-III 1983, p. 143, 144.

34 Bloembergen 1993, p. 144.

35 HR 23 februari 2007, *NJ* 2008/492 m.nt. J.B.M. Vranken (*Io Vivat*).

122. Voor het scherp onder woorden brengen hoe deze begrenzing van aansprakelijkheid zich laat rechtvaardigen, bestaat in onze literatuur geen overvloedige belangstelling.³⁶ *Grosso modo* is wel ongeveer duidelijk waar het om gaat. Het spreekt min of meer vanzelf dat het niet redelijk zou zijn wanneer degene die een ander een onrechtmatige daad laat plegen of daartoe tamelijk dwingend aanleiding geeft, en ten gevolge van die onrechtmatige daad zelf schade lijdt, zich erop zou kunnen beroepen dat de ander een onrechtmatige daad heeft gepleegd: de gelaedeerde heeft dat immers zelf teweeggebracht. De ratio van de begrenzing ligt in dit eerste gevaltype in overwegingen die samenhangen met de ratio van de begrenzing van aansprakelijkheid in het geval van overmacht aan de zijde van de laedens en de ratio van de begrenzing bij eigen schuld van de gelaedeerde. In het tweede gevaltype, waarin de gelaedeerde dezelfde norm heeft geschonden als hij de laedens verwijt geschonden te hebben, ligt de rechtvaardiging voor het afsnijden van de aanspraak op schadevergoeding van de gelaedeerde erin dat hij zelf de door de laedens geschonden norm op een zodanige wijze niet serieus heeft genomen, dat het inconsistent en onredelijk zou zijn om de gelaedeerde de mogelijkheid te geven de laedens op schending van die norm aan te spreken.³⁷

123. Beide grenzen zijn niet absoluut: het hangt steeds van de omstandigheden van het geval af of voldoende reden bestaat om de *in pari delicto* verkerende gelaedeerde zijn aanspraak te ontzeggen. Niet elk door de gelaedeerde aanleiding geven tot het plegen van een onrechtmatige daad door de laedens, rechtvaardigt om de gelaedeerde zijn aanspraak op schadevergoeding geheel te ontzeggen: op enig moment is nog slechts gerechtvaardigd om door middel van de eigen schuldfiguur de aanspraak van de gelaedeerde te beperken.³⁸ Ook niet elk overtreden door de gelaedeerde van een norm maakt dat hij de laedens niet meer kan aanspreken op het schenden van dezelfde norm, met name niet wanneer de laedens deze norm meer verwijtbaar of op grotere schaal heeft geschonden.³⁹

124. In *Hangmat*⁴⁰ en *Manegepaard Imagine*,⁴¹ waarin *in-pari-delicto*-achtige problematiek speelde in het kader van kwalitatieve aansprakelijkheden, heeft de Hoge Raad uitdrukkelijk geoordeeld dat beslissend is welk beschermingsbereik het “meest redelijk” moet worden geacht.

In *Hangmat* lag de vraag voor of de ene bezitter van een ingestorte opstal de andere bezitter kon aanspreken voor daardoor veroorzaakte personenschade. De Hoge Raad oordeelde: “De kernvraag is of het recht bescherming behoort te verlenen aan degene die, hoewel de aansprakelijkheid van art. 6:174 niet is gebaseerd op overtreding van enigerlei gedragsnorm, zelf in zekere zin

36 Men placht naar Latijnse adagia te verwijzen – zie bijvoorbeeld Keirse 2003, p. 12; Vranken in zijn annotatie bij HR 23 februari 2007, *NJ* 2008/492 (*Jo Vivat*); Haazen 2009, p. 829 e.v.; Keirse & Pajmans 2017, p. 207 e.v. – die, zoals ook wordt onderkend, wel een zekere zeggingskracht hebben maar onscherp, en vooral te ruim, zijn. Weinrib 1976, p. 28 waarschuwt mijns inziens terecht, naar aanleiding van de formule ‘*ex turpi causa non oritur actio*’ (op een onzedelijke grondslag kan geen actie worden gebaseerd), “*The very facility of applying an apparently adaptable and intuitively appealing formula to different situations may obscure the particular considerations appropriate to each context.*”

37 Zie nader nr. 540.

38 Zie bijvoorbeeld HR 7 december 1990, *NJ* 1991/474 m.nt. E.A.A. Luijten (*SHV/Nauta*).

39 Zie nader nr. 540. Zie bijvoorbeeld HR 15 december 1950, *NJ* 1951/492 m.nt. P.A.N. Houwing (*Wessanen/Mercurius*) en Pres. Rb. Arnhem 22 februari 1989, *BIE* 1991/18 m.nt. C. van Nispen (*Anti-Rookkuur*).

40 HR 8 oktober 2010, *NJ* 2011/465 m.nt. T. Hartlief (*Hangmat*).

41 HR 29 januari 2016, *NJ* 2016/173 m.nt. T. Hartlief (*Manegepaard Imagine*).

medeverantwoordelijk geacht kan worden voor de gebrekkige opstal.” Vervolgens oordeelde hij: “*Bij de geschetste stand van zaken, waarbij de wetgever (...) aansprakelijkheid [van de medebezitter] niet heeft uitgesloten, hangt de te maken keuze af van wat naar maatschappelijke opvattingen, in aanmerking genomen de belangen van de benadeelde, de bezitter en de aansprakelijkheidsverzekeraar, het meest redelijk moet worden geacht als reikwijdte van art. 6:174.*” (rov. 3.4.3) Dit bracht de Hoge Raad tot de slotsom dat het beschermingsbereik van de kwalitatieve aansprakelijkheid voor een opstal (art. 6:174 BW) ook de medebezitter omvat, met dien verstande dat de gelaedeerde medebezitter het gedeelte van zijn schade dat correspondeert met zijn bezitspercentage in ieder geval zelf dient te dragen. In *Manegepaard Imagine* kwam de Hoge Raad voor de kwalitatieve aansprakelijkheid voor dieren (art. 6:179 BW) tot een tegengesteld oordeel: de medebezitter van het dier valt niet binnen het beschermingsbereik. In deze zaken raken overigens redelijkheidsoverwegingen die samenhangen met de *in-pari-delicto*-gedachte verweven met ratio en grondslag van de kwalitatieve aansprakelijkheid;⁴² zo laten zich de tegengestelde uitkomsten ook verklaren.⁴³ Hier is van belang dat de Hoge Raad de redelijkheid beslissend achtte voor de omvang van het beschermingsbereik.

125. De bijzondere reden om in *in-pari-delicto*-situaties aansprakelijkheid te begrenzen, dient onderscheiden te worden van de vraag of blijkt dat met de geschonden norm niet bedoeld is om bepaalde personen, tegen bepaalde schade en bepaalde wijzen van ontstaan te beschermen. Het kan namelijk zo zijn dat, of de gelaedeerde nu wel of niet *in pari delicto* verkeerde, met de geschonden norm überhaupt niet bedoeld was hem te beschermen tegen de door hem geleden schade en/of de wijze waarop die schade is ontstaan.

126. Op grond van het voorgaande concludeer ik, dat in de situatie van een *in pari delicto* verkerende gelaedeerde de begrenzing van aansprakelijkheid niet volgt uit een gebleken bedoeling met de geschonden norm. Deze begrenzing volgt uit andere omstandigheden die maken dat het niet redelijk zou zijn om de gelaedeerde een aanspraak te geven. Omdat de grens niet absoluut is, is voor de begrenzing van aansprakelijkheid uiteindelijk beslissend of, gelet op de omstandigheden van het geval, een redelijke begrenzing van aansprakelijkheid wordt verkregen.

Schade in een niet-rechtmatig belang

127. Mogelijk is dat de gelaedeerde nadeel ondervindt door de beschadiging van een hem toebehorende maar verboden zaak of dat hij een voordeel misloopt dat hij zonder de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis in strijd met de wet zou hebben verkregen.

Te denken valt bijvoorbeeld aan het ten gevolge van een onrechtmatige daad door de gelaedeerde verliezen van door de Opiumwet verboden verdovende middelen.

42 Hetzelfde gebeurt, zij het niet uitdrukkelijk, in HR 6 februari 1987, NJ 1988/926 m.nt. M. Scheltema (*Den Haag/Arad*).

43 Zie bijvoorbeeld Fruytier 2016, 152 e.v. voor een nadere uitwerking van het belang van de ratio van deze twee kwalitatieve aansprakelijkheden voor deze uitkomst.

In deze situaties is in beginsel sprake van schade in een niet-rechtmatig belang. De gelaedeerde heeft geen aanspraak op vergoeding daarvan. Men zegt dan dat normen niet strekken tot bescherming van schade in een niet-rechtmatig belang.⁴⁴ Ingeval op grond van wanprestatie vergoeding wordt gevorderd van schade in een niet-rechtmatig belang, ligt naar mijn mening voor de hand deze aanspraak in het toerekeningsvereiste af te snijden.⁴⁵

128. Ook hier wordt de strekking van de geschonden norm niet afgeleid uit een subjectieve bedoeling van de wetgever. Bloembergen schreef hierover in zijn dissertatie:

*“En nu zou men kunnen zeggen, dat een norm nimmer strekt tot bescherming tegen niet-rechtmatige schade. Wij zouden hier dan als het ware te doen hebben met een algemene aan de beschermingsomvang van normen gestelde beperking.”*⁴⁶

Naar ik meen, is de ratio van de gevonden begrenzing de volgende. Met het absolute verbod om een zaak aanwezig te hebben, laat zich niet verenigen dat het recht tot vergoeding van de waarde van deze zaak zou verplichten, indien zij door een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis wordt beschadigd. Evenmin laat zich met het verbod om een bepaalde activiteit te verrichten, verenigen dat het recht tot vergoeding van de met deze activiteit te behalen voordelen zou verplichten, indien de gelaedeerde deze voordelen vanwege een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis misloopt. H. Drion heeft dit voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad kernachtig uitgedrukt:

*“Art. 1401 [oud BW] kan niet worden ingeroepen om onwettige toestanden te sanctioneren.”*⁴⁷

129. Evenmin als bij de *in-pari-delicto*-gevallen is sprake van een absolute regel. Soms kan toch (ten dele) aanspraak worden gemaakt op een voordeel dat zonder de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis in strijd met het recht zou zijn verkregen.⁴⁸

44 Asser/Sieburgh 6-II 2017, nr. 40.

45 Asser/Sieburgh 6-II 2017, nr. 40 wijst er mijns inziens terecht op dat de uitsluiting van vergoedbaarheid van schade in een niet-rechtmatig belang zich zowel in het relativiteitsvereiste als in het toerekeningsvereiste laat inbedden. Lindenbergh 2014, nr. 46 wijst niet ten onrechte erop dat het ontbreken van een aanspraak niets van doen heeft met het door art. 6:98 BW genoemde “*verband*” tussen schade en “*de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid van de schuldenaar berust*”. Niettemin ontkomt men er mijns inziens niet goed aan om in ons wettelijk systeem het toerekeningsvereiste te gebruiken om een aanspraak op vergoeding van de door een wanprestatie veroorzaakte schade in een niet-rechtmatig belang af te snijden.

46 Bloembergen 1965, nr. 22. Deze opvatting schuurt met Bloembergens in nr. 117 geciteerde opvatting, uit een geheel ander deel van zijn proefschrift, dat het toevenarij is wanneer we zeggen dat een norm niet strekt tot bescherming tegen bepaalde schade terwijl deze beslissing in werkelijkheid niet is genomen op grond van een door middel van interpretatie blootgelegde strekking van de norm.

47 Hofmann/Drion & Wiersma 1959, p. 137.

48 Zie bijvoorbeeld de genuanceerde benadering in geval van ‘zwarte’ nevenactiviteiten in HR 24 november 2000, NJ 2001/195 m.nt. A.R. Bloembergen (*‘Zwarte’ neveninkomsten*) en de door Bloembergen geopperde achterliggende gedachtegang. Zie voor een andere situatie waarin het niet redelijk zou zijn om geen aanspraak op vergoeding van schade in een niet-rechtmatig belang te geven: HR 6 februari 1987, NJ 1988/926 m.nt. M Scheltema (*Den Haag/Aral*). In het geval het voordeel door een schuldenaar wordt verkregen door tekortschieten in de nakoming van een verbintenis uit overeenkomst jegens de schuldeiser niet zijnde de laedens, ligt de situatie ook minder eenduidig, zie bijvoorbeeld HR 22 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6104 (*Handelskwekerij B&L/Green Works International*) en Lindenbergh 2011, p. 255, 256 en Lindenbergh 2014, nr. 46.

130. De bijzondere reden om aansprakelijkheid in het geval van schade in een niet-rechtmatig belang te begrenzen, dient verder onderscheiden te worden van de vraag of blijkt dat met de geschonden norm niet bedoeld is om bepaalde personen, tegen bepaalde schade en bepaalde wijzen van ontstaan te beschermen. Het kan namelijk zo zijn dat, of het belang waarin de gelaedeerde schade heeft geleden nu wel of niet rechtmatig is, met de geschonden norm überhaupt niet bedoeld was hem te beschermen tegen het soort schade zoals geleden en/of de wijze waarop de schade was ontstaan.

131. Mijn conclusie is, dat de grens aan aansprakelijkheid in het geval van schade in een niet-rechtmatig belang, niet volgt uit een gebleken bedoeling met de geschonden norm. Omdat geen sprake is van een absolute grens, is voor de begrenzing van aansprakelijkheid uiteindelijk beslissend of, gelet op de omstandigheden van het geval, een redelijke begrenzing van aansprakelijkheid wordt verkregen.

Norm niet privaatrechtelijk gesanctioneerd

132. Niet aan elke wettelijke norm is voor belanghebbenden de aanspraak op nakoming en, in het geval van de schending van die norm, de aanspraak op schadevergoeding gekoppeld. In de driemanschapstoelichting wordt bij het ontwerp voor wat art. 6:163 BW is geworden, hierover het volgende naar voren gebracht.

“In verschillende opzichten kan uit de strekking van het overtreden wetsvoorschrift voortvloeien, dat degene die de daarin genoemde plicht schendt niet een onrechtmatige daad pleegt jegens [de gelaedeerde]. Vooreerst bestaat de mogelijkheid [dat de gelaedeerde niet behoort tot de groep personen die met het wetsvoorschrift beoogd is te beschermen]. Voorts kan de strekking van de overtreden wetsbepaling meebrengen, dat daarin niet rechtstreeks tegenover de terzake belanghebbenden een plicht wordt opgelegd, waarvan schending tegenover hen een onrechtmatige daad oplevert, omdat de bepaling in het geheel niet voor de belanghebbenden een aanspraak op de voorgeschreven gedraging wil vestigen.”⁴⁹

In het kader van de vraag of jegens de gelaedeerde onrechtmatig is gehandeld, wordt in de driemanschapstoelichting aldus een tweetal problemen onderscheiden. In de eerste plaats kan het volgens de driemanschapstoelichting zo zijn dat de gelaedeerde niet behoort tot de groep van personen die met het wetsvoorschrift beoogd is te beschermen.⁵⁰ In de tweede plaats kan het zo zijn dat de bedoeling niet is om “belanghebbenden” aanspraak te geven op gedrag conform dat wetsvoorschrift. Volgens de driemanschapstoelichting kan in dit laatste geval zo’n belanghebbende niet een rechterlijk gebod onder dwangsom tot naleving van dat wetsvoorschrift verkrijgen en kan hij evenmin een aanspraak op schadevergoeding doen gelden in het geval van de overtreding van dat wetsvoorschrift.⁵¹ Volgens de toelichting is van wetsvoorschriften van dit laatste soort veelal sprake

49 Parl. Gesch. Boek 6, p. 633 (T.M.).

50 De situatie waarin de schade van de gelaedeerde niet van het soort is of op een wijze is ontstaan waartegen de geschonden norm beoogde te beschermen wordt volgens de driemanschapstoelichting niet opgelost met het jegensvereiste maar met het ontwerp voor wat art. 6:163 BW is geworden is, zie hierover § 2.6.2.

51 Parl. Gesch. Boek 6, p. 633 (T.M.).

bij publiekrechtelijke voorschriften die verplichtingen van bepaalde overheidsorganen omschrijven, maar kan dit ook gelden voor wetsvoorschriften die aan burgers plichten opleggen.⁵²

133. In de meer recente literatuur wordt in het kader van het relativiteitsvereiste onderscheiden tussen het beschermingsdoel van een norm en de beschermingsomvang van die norm.⁵³ Bij het beschermingsdoel gaat het om de vraag of de schending van een norm überhaupt wel de schadevergoedingsremedie kan activeren. Bij de beschermingsomvang gaat het om de vraag welke personen door de norm beschermd zijn en tegen welke soort schade en welke wijzen van ontstaan de beoogde bescherming zich uitstrekt. Doorgaans spreekt mijns inziens bij buitencontractuele normen vanzelf dat zo'n norm de schadevergoedingsremedie kan activeren en gaat het bij de toepassing van het relativiteitsvereiste alleen nog om de bepaling van de beschermingsomvang.⁵⁴ Slechts in uitzonderingsgevallen is niet bedoeld om belanghebbenden een aanspraak te geven op gedrag conform de norm en komt daarmee het beschermingsdoel aan de orde.

Ik geef twee voorbeelden waarin dit laatste zich voordoet. In de situatie waarin een bestuursorgaan in strijd met haar uit art. 4:13 Awb en art. 7:10 Awb voorvloeiende wettelijke plicht niet binnen de voorgeschreven termijn een besluit neemt, geldt naar vaste rechtspraak van de Hoge Raad dat met het schenden van de wettelijke verplichting nog geen onrechtmatige daad is gepleegd. Noodzakelijk is daarvoor naar het oordeel van de Hoge Raad dat tegenover de aanvrager van het besluit in strijd is gehandeld met hetgeen volgens het ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt.⁵⁵ De reden dat het in strijd handelen met een wettelijke plicht aldus niet privaatrechtelijk wordt gesanctioneerd, is mijns inziens dat genoemde verplichtingen exclusief bestuursrechtelijk gesanctioneerd zijn door de dwangsommenregeling en door de mogelijkheid om tegen een niet-tijdig genomen besluit bezwaar te maken en in beroep te gaan. Het tevens privaatrechtelijk sanctioneren van deze verplichting laat zich daarmee in beginsel niet goed verenigen. Hoewel de Hoge Raad oordeelt dat de schending van een wettelijke plicht überhaupt niet onrechtmatig is, en niet oordeelt dat de normschending niet jegens de aanvrager van het besluit onrechtmatig is, meen ik dat zich hier de situatie voordoet dat niet bedoeld is om voor de belanghebbenden een privaatrechtelijke aanspraak op de voorgeschreven gedraging te vestigen.⁵⁶

Ook in de situatie waarin een overheidslichaam een taak in het algemeen belang heeft, kan het zo zijn dat niet bedoeld is belanghebbenden tegenover dat overheidslichaam een aanspraak te geven op gedrag conform de norm. Een dergelijke situatie deed zich voor in *Duwbak Linda*.⁵⁷ Het kapseizen van *Duwbak Linda* veroorzaakte schade aan enkele andere schepen. De eigenaar van die andere schepen sprak de Staat aan op de grond dat ten onrechte vanwege de Staat een keuringscertificaat in de zin van het Reglement onderzoek schepen op de Rijn 1976 aan de stoukoude en onveilige duwbak was afgegeven en dat, indien het keuringscertificaat niet zou zijn afgegeven, de schade niet zou zijn ontstaan. De Hoge Raad onderkende dat de geschonden normen beoogden “het voorkomen van ongevallen als gevolg van ondeugdelijkheid van de aan het

52 Parl. Gesch. Boek 6, p. 633 (T.M.).

53 Zie nader § 5.3.3. In navolging van het in de Duitse doctrine gemaakte onderscheid tussen *Schutzzweck* en *Schutzbereich*; zie hierover nader bijvoorbeeld Deutsch 1995, p. 195.

54 Anders Den Hollander 2016, p. 169 t/m 253.

55 HR 22 oktober 2010, *NJ* 2011/6 (*Eindhoven/Van Ingen q.q.*), rov. 3.4.2 en HR 11 januari 2013, *NJ* 2013/47 (*Amsterdam/Have*), rov. 3.3.

56 Zie nader nr. 276.

57 HR 7 mei 2004, *NJ* 2006/281 m.nt. J. Hijma (*Duwbak Linda*), zie nader § 6.3.2.

Rijnvaartverkeer deelnemende vaartuigen, waarvoor het certificaat van onderzoek is vereist”, maar oordeelde niettemin dat de geschonden normen “niet strekken tot bescherming tegen vermogensschade zoals die welke [de scheepseigenaar] stelt te hebben geleden” (rov. 3.4.2). Deze op het eerste gezicht merkwaardige discrepantie tussen de door de norm beoogde bescherming en haar strekking laat zich mijns inziens verklaren door te zeggen dat wel beoogd is om te beschermen tegen schade zoals door de scheepseigenaar geleden, maar niet bedoeld is om zo’n scheepseigenaar aan de geschonden norm een aanspraak te laten ontlenen en daarom de geschonden norm niet strekt tot bescherming van de door de scheepseigenaar geleden schade.⁵⁸

Het staat de wetgever op zichzelf volkomen vrij om te bepalen dat een bepaalde gedragsnorm niet privaatrechtelijk wordt gesanctioneerd. Doorgaans is van een uitdrukkelijke bedoeling van de wetgever hieromtrent echter geen sprake. Soms kan zo’n bedoeling tot op zekere hoogte worden geconstrueerd uit de wetssystematiek. De functie en sanctionering binnen het bestuursrecht van de in art. 4:13 Awb en art. 7:10 Awb neergelegde verplichting van een bestuursorgaan om binnen de voorgeschreven termijn een besluit te nemen, doen minder voor de hand liggen dat bedoeld is dat deze bepalingen tegelijkertijd privaatrechtelijk zijn gesanctioneerd. Geen sprake is mijns inziens echter van een dwingende consequentie. In de situatie waarin aan een overheidsinstantie een bijzondere, positieve verplichting is opgelegd teneinde het leven van burgers veiliger te maken, kan mijns inziens zeer goed in twijfel worden getrokken of wel bedoeld is om belanghebbenden een aanspraak op gedrag conform die norm te geven en op schadevergoeding in het geval van schending van die norm. Maar ook dan behoeft er geen sprake te zijn van een blijkende, doorslaggevende bedoeling hieromtrent.⁵⁹

134. De bijzondere reden om in deze situaties aansprakelijkheid te begrenzen dient, zoals ook in de driemanschapstoelichting naar voren komt, onderscheiden te worden van de vraag of blijkt dat met de geschonden norm niet bedoeld is om bepaalde personen, tegen bepaalde schade en bepaalde wijzen van ontstaan te beschermen. Zoals uit *Duwbak Linda* blijkt, kan het wel zo zijn dat met de geschonden norm beoogd is te beschermen tegen de schade zoals geleden, maar niettemin niet bedoeld is om belanghebbenden een aanspraak op schadevergoeding te geven.⁶⁰ Indien men deze twee relativiteitsproblemen niet scherp zou onderscheiden, is de door de Hoge Raad bereikte uitkomst tamelijk merkwaardig.⁶¹

135. Ondanks dat de driemanschapstoelichting de terminologie gebruikt of bedoeld is om belanghebbenden aanspraak te geven op gedrag conform de norm, is hier doorgaans niet de werkelijke bedoeling van de wetgever beslissend. Doorgaans blijkt namelijk de bedoeling van de wetgever hieromtrent niet. Mijns inziens is om deze reden beslissend of, gelet op de omstandigheden van het geval,

58 Zie nader nr. 279.

59 Zie nader § 6.3.5.

60 Vgl. hierover ook Bloembergen 1965, nr. 120 die ook heeft betoogd dat dit onderscheid dient te worden gemaakt en dat “(...) heel goed mogelijk [is], dat de norm wel geschreven is ter bescherming van het getroffen belang, maar dat desondanks de gelaedeerde geen vordering toekomt [omdat aan de overtreding van de norm niet het rechtsgevolg is verbonden dat een verbintenis uit onrechtmatige daad ontstaat]”.

61 Vgl. Di Bella 2014, p. 135 t/m 137 die schrijft dat het oordeel van de Hoge Raad “niet logisch” is.

in deze gevallen een redelijke begrenzing van aansprakelijkheid wordt verkregen.⁶²

Doorkruising van een publiekrechtelijke regeling door gebruik van het privaatrecht

136. Het publiekrecht kan onaanvaardbaar worden doorkruist indien een overheidsinstantie door middel van het privaatrecht de door art. 6:162 BW geïmplieerde rechtsplichten zou kunnen afdwingen en/of aanspraak zou kunnen maken op schadevergoeding ingeval zo'n rechtsplicht wordt geschonden. Het relativiteitsvereiste wordt gebruikt om aanspraken van de overheid af te snijden en zo een doorkruising van het publiekrecht te voorkomen.

137. De ontwikkeling van de dogmatiek op dit gebied is enigszins merkwaardig. In *Bedrijfschap/Klomp*⁶³ oordeelde de Hoge Raad in verband met de dreigende doorkruising van het publiekrecht dat de wetsovertreding van Klomp geen onrechtmatige daad was *jegens* het Bedrijfschap voor de Detailhandel in Aardappelen, Groenten en Fruit.

Klomp had in strijd met de Vestigingswet Bedrijven 1954 en het daarop gebaseerde Vestigingsbesluit Levensmiddelenbedrijven 1961, zonder de vereiste vergunning van het bedrijfschap gehandeld in aardappelen, groenten en fruit. Ter onderbouwing van zijn oordeel dat Klomp niet jegens het bedrijfschap onrechtmatig had gehandeld, oordeelde de Hoge Raad: “*dat het vervolgingsbeleid bij overtreding van de bepalingen van de Vestigingswet Bedrijven 1954 of van haar uitvoeringsvoorschriften in de Wet op de economische delicten is toevertrouwd aan andere overheidsorganen dan de product- of bedrijven, en dat het niet in de bedoeling van de wetgever kan hebben gelegen dat dit beleid zou kunnen worden doorkruist door ingrijpende maatregelen van privaatrechtelijke aard op initiatief van andere overheidsorganen dan die, welke door de wetgever met de zorg voor de naleving van de genoemde bepalingen zijn belast*”.

De Hoge Raad leidt in het geciteerde oordeel fraai de bedoeling van de wetgever met de geschonden norm *a contrario* af uit de omstandigheid dat de wetgever het vervolgingsbeleid aan andere overheidsorganen heeft toevertrouwd en dat zou worden doorkruist door ingrijpende maatregelen van privaatrechtelijke aard. Dit doet overigens ook denken aan de in de vorige paragraaf besproken niet privaatrechtelijk gesanctioneerde normen. In de daar besproken gevallen was echter een norm steeds niet privaatrechtelijk gesanctioneerd, bijvoorbeeld omdat dit conflicteerde met de kennelijke bedoeling van de wetgever om de norm bestuursrechtelijk te sanctioneren. In de hier besproken gevallen is doorgaans aan een norm wel het privaatrechtelijk remediarsenaal verbonden, maar geldt dat als de overheid daarvan gebruik zou maken daarmee het publiekrecht zou worden doorkruist.

62 Welke omstandigheden in dit verband van belang zijn en hoe hierover dient te worden geoordeeld, behandel ik nader in hoofdstuk 5.

63 HR 15 mei 1970, NJ 1970/327 m.nt. G.J. Scholten (*Bedrijfschap/Klomp*).

Tot een vergelijkbaar oordeel kwam de Hoge Raad enkele jaren later in *Limmen/Houtkoop*.⁶⁴ De Hoge Raad oordeelde in deze zaak, dat degene die een door de gemeente uitgevaardigde bouwverordening overtreedt, en dus onrechtmatig handelt, niet *jegens* de gemeente een onrechtmatige daad pleegt, omdat

“het algemene belang dat voor elk overheidslichaam is betrokken bij de naleving van de door dat lichaam uitgevaardigde wettelijke voorschriften op zich zelf niet behoort tot de belangen welke art. 1401 BW beoogt te beschermen”.

Deze uitspraak werd in de literatuur door diverse auteurs begrepen in het verlengde van *Bedrijfschap/Klomp*.⁶⁵ Volgens deze auteurs beoogde de Hoge Raad in *Limmen/Houtkoop* de doorkruising van het publiekrecht te voorkomen: wanneer de gemeente de door haar uitgevaardigde verordeningen wil handhaven, dient zij daarvoor het bestuursrecht in te zetten en niet de met minder waarborgen omklede privaatrechtelijke weg te volgen van het vorderen van een bevel of verbod op grond van onrechtmatige daad. Om die reden leverde de overtreding van de bouwverordening geen onrechtmatige daad jegens de gemeente op.

Overigens waren er ook auteurs die het arrest in het perspectief plaatsten van de meer algemene kwestie welke belangen door art. 1401 (oud) BW, of door de normen waarvan de schending een onrechtmatige daad oplevert,⁶⁶ worden beschermd.⁶⁷ De vraag of sprake was van een belang dat door art. 1401 (oud) BW werd beschermd, rees indien een verbod werd gevorderd om een onrechtmatige daad te plegen of een bevel om het plegen van een onrechtmatige daad te staken. Voor de toewijsbaarheid van zo'n vordering werd niet steeds voldoende geacht dat zich laat vaststellen dat als degene die het bevel of verbod vordert ten gevolge van de onrechtmatige daad waarop de vordering ziet schade zou lijden, met de dan geschonden norm beoogd is diegene te beschermen tegen de schade zoals dan zou zijn geleden. Wanneer bijvoorbeeld geen enkele aanwijzing bestaat dat iemand een onrechtmatige daad zal plegen, kan namelijk onvoldoende reden bestaan om zo'n vordering toe te wijzen. Evenzo kan onvoldoende belang bestaan indien degene die een bevel of verbod vordert ten gevolge van zo'n daad zeker geen schade zou ondervinden (bijvoorbeeld wanneer een verbod wordt gevorderd dat een ander niet op de openbare weg zal rijden met een hogere snelheid dan toegestaan). Een criterium was daarom nodig om te bepalen wanneer hiertoe wel voldoende reden bestaat. In *Alkmaar/Noord-Holland*⁶⁸ had de Hoge Raad hiertoe een aanzet gegeven door het vormen van een leer van door art. 1401 (oud) BW beschermde belangen: indien een onrechtmatige daad dreigde te worden gepleegd of werd gepleegd maar niet tot schade had geleid, kon slechts tegen deze daad geageerd worden indien sprake was van de schending van een door art. 1401 (oud) BW beschermd belang. Wanneer dat het geval was, kan hier verder in het midden blijven. Van belang is dat een onrechtmatige daad niet onrechtmatig was *jegens* degene die zich niet op zo'n door art. 1401 (oud) BW beschermd belang kon beroepen. Ook in dit perspectief werd *Limmen/Houtkoop* begrepen. Op de onder meer in *Limmen/*

64 HR 9 november 1973, *NJ* 1974/91 m.nt. W.F. Prins (*Limmen/Houtkoop*).

65 Van Nispen 1978, nr. 96; Bloembergen 1987b, p. 632, 633; Nieuwenhuis 1987b, p. 148.

66 Zie Van Nispen 1978, nr. 97 die de laatste formulering zuiverder vindt.

67 Frenk 1992, p. 137; Frenk wees er daarbij terecht op dat de Hoge Raad in het latere arrest HR 14 april 1989, *NJ* 1990/712 m.nt. C.J.H. Brunner (*Benckiser/Staat*) onderscheid maakte tussen de doorkruisingsvraag en de vraag naar het 1401-belang.

68 HR 18 augustus 1944, *NJ* 1944/45/598 (*Alkmaar/Noord-Holland*). De Hoge Raad oordeelde dat de door art. 1401 (oud) BW geboden bescherming zich ook “*uitstrekt tot maatregelen van preventie voor het geval ernstig dreigt, dat onrecht staat te geschieden*”.

Houtkoop gestelde voorwaarde van een door art. 1401 BW beschermd belang, is de Hoge Raad in *Staat/Kabayel*⁶⁹ teruggekomen. Het probleem onder welke omstandigheden in verband met een onrechtmatige daad een verbod of bevel kan worden gevorderd, werd daarin deels uit het relativiteitsvereiste gehaald en geplaatst in het belangvereiste van art. 3:303 BW.⁷⁰

138. In *Windmill*⁷¹ heeft de Hoge Raad vervolgens de doorkruisingsleer geïntroduceerd. Wanneer aan de overheid in een regeling ter behartiging van bepaalde belangen publiekrechtelijke bevoegdheden zijn toegekend, rijst de vraag of de overheid ook privaatrechtelijke bevoegdheden ter behartiging van die belangen kan inzetten. Volgens de *Windmill*-formule geldt dat, wanneer de publiekrechtelijke regeling geen antwoord geeft op deze vraag, beslissend is

“of gebruik van de privaatrechtelijke bevoegdheden die regeling op onaanvaardbare wijze doorkruist”.

Deze leer geldt niet alleen voor de op een onrechtmatige daad te baseren aanspraken van de overheid maar voor elk gebruik door de overheid van aan het privaatrecht ontleende bevoegdheden.

Deze doorkruisingsleer heeft de Hoge Raad in *Vlissingen/Rize Denizcilik*⁷² van toepassing geoordeeld op situaties waarin een overheidsinstantie vanwege een onrechtmatige daad bepaalde kosten maakt bij de uitoefening van haar publieke taak en de vraag rijst of de overheidsinstantie aanspraak heeft op vergoeding daarvan. De doorkruisingsproblematiek doet zich verder ook voor wanneer een overheidsinstantie niet met behulp van het aansprakelijkheidsrecht bij de uitoefening van haar publieke taak gemaakte kosten wil verhalen, maar bij de uitoefening van die taak anderszins geleden schade. De Hoge Raad heeft hier, anders dan bij het kostenverhaal, niet uitdrukkelijk een doorkruisingsmaatstaf toepasselijk geoordeeld, maar toetst niettemin of het publiekrecht zou worden doorkruist indien de aanspraak op schadevergoeding zou worden toegelaten.

Illustratief is *Staat/Lenger en Deloitte & Touche*.⁷³ De Staat leed een renteverlies door een onjuiste, te lage, belastingopgave. Met het onrechtmatigedaadsrecht probeerde de Staat dat verlies vergoed te krijgen. De Hoge Raad oordeelde dat de Staat deze aanspraak niet op het onrechtmatigedaadsrecht kon baseren omdat daarmee het in de Grondwet verankerde fiscale legaliteitsbeginsel (art. 104 Gw) zou worden doorkruist.

139. Hoewel de Hoge Raad in *Bedrijfschap/Klomp* en *Limmen/Houtkoop* uitdrukkelijk het relativiteitsvereiste gebruikte om de doorkruising van het publiekrecht te voorkomen, lijkt de Hoge Raad de doorkruisingsproblematiek in latere arresten te beschouwen als min of meer op zichzelf staand. Dat is niet zo vreemd,

69 HR 18 februari 1994, *NJ* 1995/718 m.nt. M. Scheltema (*Staat/Kabayel*).

70 Naar ik meen is tegenwoordig het beroep op het ontbreken van een art. 3:303 BW-belang niet langer een exceptief verweer, maar een verweer ten gronde, zodat het slagen van dit verweer, anders dan in HR 18 februari 1994, *NJ* 1995/718 m.nt. M. Scheltema (*Staat/Kabayel*) geoordeeld, niet leidt tot niet-ontvankelijkheid, maar tot ontzegging van de vordering; zie HR 9 juli 2010, *NJ* 2010/403 (*Engineering Design Documentation Services/Electronic Data Systems Corporation*).

71 HR 26 januari 1990, *NJ* 1991/393 m.nt. M. Scheltema (*Windmill*).

72 HR 11 december 1992, *NJ* 1994/639 m.nt. M. Scheltema (*Vlissingen/Rize Denizcilik*), rov. 3.5.

73 HR 8 mei 1998, *NJ* 1998/890 m.nt. A.R. Bloembergen (*Staat/Lenger en Deloitte & Touche*), zie nader nr. 527.

omdat de doorkruisingsproblematiek ook speelt als de overheid op andere wijzen van het privaatrecht gebruikmaakt, bijvoorbeeld overeenkomsten sluit. Incidenteel heeft de Hoge Raad deze doorkruisingsproblematiek, kennelijk omdat het zo uitkwam, ook wel uitdrukkelijk ingebed in het schadebegrip⁷⁴ en in het toerekeningsvereiste.⁷⁵ Bloembergen meende dat de Hoge Raad in dit soort zaken doorgaans impliciet de relativiteitsleer toepast.⁷⁶ Lindenbergh heeft geschreven dat deze problematiek in de relativiteitsleer kan worden geplaatst.⁷⁷ Het spreekt mij aan om het aan de overheid ontzeggen van een op een onrechtmatige daad gebaseerde aanspraak, in ieder geval in een van de wettelijke vereisten voor buitencontractuele aansprakelijkheid in te bedden.

140. Soms kan dadelijk uit de regeling van de publieke taak van de overheidsinstantie, of een daarmee verband houdende regeling, volgen dat een privaatrechtelijke aanspraak op schadevergoeding niet of juist wel mogelijk dient te zijn. Soms biedt echter de publiekrechtelijke regeling onvoldoende aanknopingspunten. De Hoge Raad heeft zich dat kennelijk ook gerealiseerd. Volgens de in *Vlissingen/Rize Denizcilik* gegeven maatstaf kunnen namelijk voor het antwoord op de vraag of sprake is van een onaanvaardbare doorkruising, naast de inhoud en strekking van de publiekrechtelijke regeling, ook van belang zijn de “*de aard van de taak en de aard van de kosten*”. In *Staat/Lenger en Deloitte & Touche* vormt niet zozeer de publiekrechtelijke regeling op grond waarvan de belastingdienst haar taak uitoefent, maar het fiscale legaliteitsbeginsel zoals neergelegd in art. 104 Gw, de reden om de overheidsinstantie een aanspraak op schadevergoeding te ontzeggen. In § 13.2 zal ik betogen dat publiekrechtelijke noties over redelijke kostenverdeling en normen voor behoorlijk bestuurshandelen hier beslissend kunnen zijn voor de vraag of een overheidsinstantie aan een door een burger gepleegde onrechtmatige daad een aanspraak op schadevergoeding kan ontlennen. Deze grens is verder niet absoluut: wanneer bijvoorbeeld wordt gehandeld met het oogmerk de overheid te benadelen, kan dat maken dat de aanspraak op schadevergoeding het publiekrecht niet meer onaanvaardbaar doorkruist.⁷⁸

141. De bijzondere reden om aansprakelijkheid te begrenzen in het geval van de doorkruising van een publiekrechtelijke regeling dient onderscheiden te worden van de vraag of sprake is van een gebleken bedoeling om bepaalde personen, tegen bepaalde schade en bepaalde wijzen van ontstaan te beschermen. Indien bijvoorbeeld door onzorgvuldig rijden een aanrijding ontstaat en daarbij ook de openbare weg beschadigd raakt, spelen in het kader van het relativiteitsvereiste twee problemen. In de eerste plaats of het onzorgvuldig rijden en het daardoor veroorzaken van een aanrijding ook de eigenaar van de weg aanspraak kan geven op vergoeding van de kosten voor het herstel van de weg en in de tweede plaats

74 In HR 31 maart 2003, *NJ* 2003/360 (*Landelijk instituut sociale verzekeringen/D.*) oordeelde de Hoge Raad dat de kosten gemaakt voor de opsporing van fraude van een werknemer met het uitbetalen van sociale premies niet gold als schade in de zin van art. art. 6:96 lid 2 onder b BW (redelijke kosten ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid) omdat anders de publiekrechtelijke regelgeving waarop de bevoegdheid tot opsporing van premiefraude berust onaanvaardbaar zou worden doorkruist.

75 HR 8 juli 2011, *NJ* 2011/477 m.nt. J.W. Zwemmer (*Intertrust/Ontvanger*), zie nader § 13.2.2.

76 Bloembergen 1993, p. 144 in verband met HR 11 december 1992, *NJ* 1994/639 m.nt. M. Scheltema (*Vlissingen/Rize Denizcilik*).

77 HR 14 februari 2017, *NJ* 2017/140 m.nt. S.D. Lindenbergh (*Valse aangifte*).

78 HR 14 februari 2017, *NJ* 2017/140 m.nt. S.D. Lindenbergh (*Valse aangifte*), rov. 3.4.3. en zie nader nr. 711.

of de overheid in verband met de doorkruisingsproblematiek op grond van onrechtmatige daad vergoeding van die kosten kan vorderen. Beide vragen dienen aan de hand van verschillende criteria te worden beantwoord.⁷⁹

142. Mijn conclusie is, dat de besproken begrenzing voor het door de overheid door middel van het privaatrecht afdwingen van de door art. 6:162 BW geïmplieerde rechtsplichten, niet volgt uit de bedoeling van de wetgever met de geschonden norm. Wel kan deze begrenzing volgen uit andere normen waarmee publiekrechtelijke bevoegdheden zijn toegekend, uit andere regelingen of, nog meer in het algemeen, uit noties van een redelijke kostenverdeling en noties van behoorlijk bestuurshandelen. Dat de hier besproken grens aan aansprakelijkheid niet volgt uit de bedoeling van de wetgever met de geschonden norm, wordt overigens nog onderstreept door het feit dat deze grens ook wel is ingebed in het schadebegrip en in het vereiste van toerekenbaarheid van de schade. Naar ik meen hangt het antwoord op de vraag of de door een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis veroorzaakte schade aan de overheid dient te worden vergoed, uiteindelijk af van de omstandigheden van het geval en is beslissend of een redelijke begrenzing wordt verkregen.

Afgeleide schade van een aandeelhouder

143. Indien aan een vennootschap schade wordt toegebracht kunnen daardoor de aandelen in deze vennootschap minder waard worden en de houders van die aandelen ook schade lijden. Naar vaste rechtspraak van de Hoge Raad geldt ter zake van de verhaalbaarheid van die afgeleide schade het volgende:⁸⁰

“indien een derde aan een naamloze of besloten vennootschap vermogensschade toebrengt (...) door gedragingen die jegens de vennootschap onrechtmatig zijn, [heeft] alleen de vennootschap uit dien hoofde een vordering (...) tot vergoeding van deze aan haar toegebrachte schade. In beginsel komt aan één of meer houders van aandelen in de vennootschap niet een vordering toe tot vergoeding van schade bestaande in vermindering van de waarde van hun aandelen of gemiste koerswinst die het gevolg is van de vorenbedoelde (...) onrechtmatige gedraging van een derde jegens de vennootschap. Op deze regel kan een uitzondering worden gemaakt indien sprake is van een gedraging die specifiek onzorgvuldig is jegens de aandeelhouder. (...)”

In de literatuur wordt wel aangenomen dat deze kwestie in het relativiteitsvereiste wordt opgelost.⁸¹ De Hoge Raad formuleert de uitzondering op de door hem gegeven regel ook in termen van relativiteit.

79 In HR 19 december 1975, *NJ* 1976/280 m.nt. G.J. Scholten (*Rijksweg 12*) houdt de Hoge Raad deze vragen ook scherp uit elkaar (zij het nog deels in de oude terminologie van het door art. 1401 (oud) BW beschermde belang).

80 HR 12 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1899 (*X/Gilze en Rijen*), rov. 3.4.1. Zie ook: HR 2 december 1994, *NJ* 1995/288 m.nt. J.M.M. Macijer (*Poot/ABP*), rov. 3.4.3; HR 15 juni 2001, *NJ* 2001/573 m.nt. J.M.M. Macijer (*Chipshol*), rov. 3.4.2 en HR 16 februari 2007, *NJ* 2007/256 m.nt. J.M.M. Macijer (*Tuin Beheer*), rov. 3.3.c.

81 In deze zin ook Van Schilfgaarde 1997, p. 3 e.v.; Van Maanen 2000, p. 798; Van der Wiel 2005, p. 11. Kroeze 2004, p. 50 e.v. toont zich over deze dogmatische inbedding minder enthousiast en wijst er daarbij op dat in deze gevallen van afgeleide schade “in het geheel geen sprake” is van de interpretatie van een concrete norm. Het hanteren van de relativiteitsleer is volgens hem “veeleer een dogmatisch excuus bij gebrek aan beter dan toepassing van artikel 6:163 BW”. Kroeze signaleert mijns inziens terecht dat de hier van belang zijnde grens niet door interpretatie van de geschonden norm wordt gevonden. Kroeze ziet er hierbij echter aan voorbij dat, zoals uit mijn bespreking in § 3.3 blijkt, de relativiteitsleer ook wordt gebruikt om allerlei algemene grenzen aan aansprakelijkheid tot uitdrukking te brengen die niet worden gevonden door interpretatie van de geschonden norm.

144. Ter rechtvaardiging van deze begrenzing wordt in de literatuur doorgaans gewezen op een scala beleidsargumenten op grond waarvan het onwenselijk zou zijn indien de aandeelhouder aanspraak zou kunnen maken op vergoeding van zijn afgeleide schade.⁸² Naar ik meen, en in § 13.3 zal uitwerken, speelt bij het beantwoorden van de vraag of een aandeelhouder aanspraak dient te hebben op vergoeding van zijn afgeleide schade in de eerste plaats een doorkruisingsprobleem. Neemt men tot uitgangspunt dat de laedens de veroorzaakte schade slechts eenmaal behoeft te vergoeden, dan zou het door een aandeelhouder van de laedens vergoed krijgen van zijn afgeleide schade betekenen dat de vennootschap haar schade voor zover deze correspondeert met de vergoede afgeleide schade, niet meer op de laedens zou kunnen verhalen: deze schade heeft de laedens dan immers al aan de aandeelhouder vergoed. Indien een aandeelhouder aanspraak zou hebben op vergoeding van zijn afgeleide schade zou hij dus vermogen aan de vennootschap kunnen onttrekken. Dat zou de vennootschapsrechtelijke rechtsorde, en in het bijzonder de regeling omtrent het door aandeelhouders onttrekken van kapitaal aan de vennootschap (art. 2:105 en 2:216 BW), naar mijn mening onaanvaardbaar doorkruisen. Onder omstandigheden kan een aandeelhouder wel aanspraak hebben op vergoeding van schade aan aandelen die correspondeert met door de vennootschap geleden schade. Nodig is dan dat sprake is van omstandigheden die ofwel rechtvaardigen dat de laedens dezelfde schade mogelijk tweemaal dient te vergoeden, ofwel gerechtvaardigd is dat de aandeelhouder vermogen aan de vennootschap onttrekt.⁸³

145. De bijzondere reden om in het geval van afgeleide schade van een aandeelhouder aansprakelijkheid te begrenzen dient onderscheiden te worden van de vraag of sprake is van een gebleken bedoeling om bepaalde personen, tegen bepaalde schade en bepaalde wijzen van ontstaan te beschermen. De noodzaak hiertoe komt pregnant naar voren in de situatie waarin iemand een vennootschap door een onrechtmatige daad schade toebrengt met de bedoeling om een aandeelhouder te schaden. Men zou geneigd kunnen zijn te denken dat dan toch jegens die aandeelhouder onrechtmatig is gehandeld en de geschonden norm dan ook strekt tot bescherming tegen de toegebrachte schade. Tegelijkertijd blijft opgeld doen de reden om de aandeelhouder vanwege de doorkruising van de vennootschapsrechtelijke rechtsorde geen aanspraak op vergoeding van afgeleide schade toe te kennen. Kroeze heeft – mijns inziens in beginsel terecht⁸⁴ – verdedigd dat ook in deze situatie de aandeelhouder geen aanspraak heeft op vergoeding van zijn afgeleide schade.⁸⁵ Indien men de twee relativiteitsproblemen die hier spelen niet scherp uit elkaar houdt, laat zich dat moeilijk verklaren.⁸⁶

82 Onder meer wordt erop gewezen dat crediteuren van de vennootschap hierdoor kunnen worden benadeeld, dat inbreuk kan worden gemaakt op de rangorde tussen aandeelhouders onderling en dat chaotische verhaalsituaties kunnen ontstaan. Zie hierover bijvoorbeeld Du Perron 1995, p. 52 e.v.; Kroeze 2004, p. 37 e.v.; Kroeze 2012, p. 33; Timmerman 2013, p. 116, 117.

83 Zie daarover nader nr. 529. Ik laat buiten beschouwing onder welke omstandigheden een aandeelhouder een verbod of bevel in verband met een dreigende onrechtmatige daad zou kunnen vorderen of aanspraak zou kunnen maken op schadevergoeding in natura (art. 6:103 BW) in die zin dat de laedens de schade aan de vennootschap vergoedt.

84 Zie nader nr. 712.

85 Kroeze 2004, p. 51, 52.

86 Kroeze 2004, p. 52 acht mede om deze reden, zo begrijp ik, het relativiteitsvereiste geen gelukkige inbedding voor de problematiek van de afgeleide schade.

146. De reden om aansprakelijkheid te begrenzen vindt men in het geval van afgeleide schade van een aandeelhouder niet door de geschonden norm uit te leggen. Deze reden volgt uit de regeling van de vennootschapsrechtelijke rechtsorde en daarmee samenhangende noties van aanspraken op het kapitaal van de vennootschap en de bevoegdheid tot aanwending van dit kapitaal. Geen sprake is van een absolute grens; het komt uiteindelijk erop aan of, gelet op de omstandigheden van het geval, een redelijke begrenzing van aansprakelijkheid wordt verkregen.

Afgeleide schade van een verzekeraar

147. Soms lijdt een schadeverzekeraar afgeleide schade ten gevolge van een jegens de verzekerde gepleegde onrechtmatige daad. De schadeverzekeraar lijdt dergelijke schade indien hij de door de onrechtmatige daad veroorzaakte schade van de verzekerde vergoedt en/of anderszins kosten maakt.

In de begindagen van de relativiteitsleer oordeelde de Hoge Raad in *Vonk/De Overijsselsche*⁸⁷ over de vraag of opzettelijke brandstichting in een woning ook onrechtmatig is jegens de verzekeraar die gehouden is tot vergoeding van de door de brand veroorzaakte schade. In deze zaak had een vrouw opzettelijk brand gesticht in de woning waarvan zij en haar man gezamenlijk eigenaar waren. De man sprak zijn schadeverzekeraar aan tot vergoeding van de hierdoor veroorzaakte schade. De verzekeraar verweerde zich ermee dat de door de vrouw gepleegde brandstichting jegens hem onrechtmatig was en verrekende zijn verplichting tot schadevergoeding op grond van de verzekeringsovereenkomst met de verplichting van de vrouw om de schade van de verzekeraar te vergoeden. De Hoge Raad oordeelde dat de onrechtmatige brandstichting door de vrouw niet een onrechtmatig daad *jegens* de verzekeraar opleverde. De Hoge Raad overwoog hiertoe onder meer:

“dat de omstandigheid dat iemand bij overeenkomst de verplichting op zich neemt om, indien zekere gebeurtenis plaats vindt, aan zijn wederpartij een geldsbedrag te betalen, aan derden niet den plicht oplegt om zich daarom te onthouden van handelingen, die bedoelde gebeurtenis moeten of kunnen veroorzaken, ook niet indien die derden met het bestaan der overeenkomst bekend zijn of dat bestaan moeten bevroeden”.

Naar het oordeel van de Hoge Raad zou het anders kunnen zijn

“indien de brand ware gesticht met de bedoeling om [de verzekeraar] te benadeelen, omdat dan inbreuk ware gemaakt op den – ook hem beschermenden – zedelijken plicht, om niet zonder redelijken grond aan een ander opzettelijk nadeel toe te brengen”.

148. Naar ik meen, is hetgeen de Hoge Raad in *Vonk/De Overijsselsche* oordeelde nog steeds geldend recht. Naar mijn mening ligt voor de hand om ook hier in de eerste plaats een doorkruisingsprobleem in te zien. De verzekeringsrechtelijke subrogatie (art. 7:962 BW) maakt tegenwoordig dat de schadeverzekeraar die uitkeert zich in het algemeen kan verhalen op de laedens die door een aansprake-

87 HR 24 januari 1930, NJ 1930/299 m.nt. E.M. Meijers (*Vonk/De Overijsselsche*).

lijkeidscheppende gebeurtenis de schade van de verzekerde heeft veroorzaakt. Deze subrogatieregeling zou doorkruist kunnen worden indien de verzekeraar de door hem geleden afgeleide schade op grond van het onrechtmatiggedaadsrecht op de laedens zou kunnen verhalen. Dit is van belang omdat de subrogatieregeling bepaalde grenzen kent: onder meer dat de verzekeraar niet wordt gesubrogeerd in de aanspraak tot schadevergoeding van de verzekerde op de niet van tafel en bed gescheiden echtgenoot van de verzekerde.⁸⁸ Deze beperkingen zouden mijns inziens in beginsel onaanvaardbaar worden doorkruist indien de verzekeraar via het onrechtmatiggedaadsrecht ook de mogelijkheid tot regres zou hebben.

149. Hoewel het primaat hier ligt bij het onaanvaardbaar zijn van de doorkruising van de verzekeringsrechtelijke subrogatieregeling, laat zich niet in alle gevallen uit deze regeling afleiden of een aanspraak van de verzekeraar afgesneden dient te worden. In § 13.3 zal ik bespreken of een schadeverzekeraar die kosten maakt ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid of ter verkrijging van voldoening buiten rechte (art. 6:96 lid 2 onder b respectievelijk onder c BW), deze kosten op de laedens kan verhalen. Ook bespreek ik of een sommenverzekeraar die schade lijdt door het doen van een uitkering aan de verzekerde, aanspraak heeft op vergoeding van die schade tegenover de laedens, indien door de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis aan de verzekerde schade is toegebracht en de sommenverzekeraar daarom diende uit te keren. Beide situaties worden niet beheerst door de subrogatieregeling. Voor de hand ligt om in de eerste situatie te zeggen dat daarom van een doorkruisingsprobleem geen sprake is, maar in de tweede situatie dat uit het ontbreken van een subrogatieregeling volgt dat geen verhaal genomen kan worden. Ik zal in § 13.3 betogen, dat de grond voor de begrenzing van de aanspraken van een verzekeraar in deze gevallen niet zozeer in de subrogatieregeling maar in de redelijkheid gevonden moet worden. Verder geldt dat niet elke doorkruising van de verzekeringsrechtelijke subrogatieregeling onaanvaardbaar is. Dit is het geval waar de laedens het oogmerk had om aan de verzekeraar schade toe te brengen. In dat geval dient te worden afgewogen het belang van de verzekeraar om rechtstreeks de laedens te kunnen aanspreken tegen de belangen van de verzekerde en de laedens bij de in art. 7:962 BW gelegen beperkingen van de subrogatiemogelijkheid.

150. De bijzondere reden om in het geval van afgeleide schade van een verzekeraar aansprakelijkheid te begrenzen dient onderscheiden te worden van de vraag of sprake is van een gebleken bedoeling om bepaalde personen, tegen bepaalde schade en bepaalde wijzen van ontstaan te beschermen.

151. Dit alles leidt tot de volgende conclusie. Indien ten gevolge van een onrechtmatige daad een verzekeraar uitkering doet aan een verzekerde en de laedens wil aanspreken tot vergoeding van de daardoor door de verzekeraar geleden schade, rijst de vraag of de laedens ook jegens de verzekeraar onrechtmatig heeft gehandeld. Het antwoord op deze vraag volgt doorgaans niet uit een gebleken bedoeling met de geschonden norm, maar veelal wel uit de omstandigheid dat de door-

88 Vgl. ook HR 2 februari 1973, NJ 1973/225 m.nt. A.R. Bloembergen (*CWR/Millenaar*) waarin de Hoge Raad onder het oude recht al eenzelfde beperking aannam.

kruising van de verzekeringsrechtelijke subrogatieregeling onaanvaardbaar zou zijn. Niet in alle omstandigheden is het al dan niet bestaan van een verzekeringsrechtelijke subrogatieregeling echter beslissend; uiteindelijk komt het erop aan of, gelet op de omstandigheden van het geval, een redelijke begrenzing van aansprakelijkheid wordt verkregen.

Slotsom

152. In het voorgaande zagen wij dat in het relativiteitsvereiste een aanzienlijk aantal, heel uiteenlopende algemene grenzen aan aansprakelijkheid tot uitdrukking wordt gebracht. Ik heb betoogd dat deze grenzen steeds niet volgden uit een gebleken bedoeling met de geschonden norm, maar uit andere omstandigheden. Deze algemene grenzen aan aansprakelijkheid zijn, anders dan de in afdeling 6.1.10 BW neergelegde algemene grenzen aan de schadevergoedingsverplichting op grond van de wet, zoals bijvoorbeeld begrenzing van deze verplichting in het geval van eigen schuld van de gelaedeerde (art. 6:101 BW), niet gecodificeerd. Naar mijn mening dienen de in het voorgaande behandelde grenzen steeds onderscheiden te worden van de grens aan aansprakelijkheid die geldt indien blijkt dat met de geschonden norm niet beoogd is de persoon van de gelaedeerde te beschermen tegen het soort schade zoals door hem geleden en/of de wijze waarop die schade is ontstaan. Op dezelfde manier dient ook de laatstgenoemde de grens aan aansprakelijkheid te worden onderscheiden van de grens aan aansprakelijkheid in het geval van eigen schuld van de gelaedeerde. Tevens heb ik betoogd dat geen van de in het voorgaande besproken grenzen absoluut is en daarom uiteindelijk steeds beslissend is of gelet op de omstandigheden van het geval een redelijke begrenzing van aansprakelijkheid wordt verkregen. Opvallend was verder dat diverse van deze algemene grenzen aan aansprakelijkheid werden getrokken omdat anders een andere regeling zou worden doorkruist of aansprakelijkheid niet te verenigen zou zijn met een ander onderdeel van het recht.

3.3.3 Een redelijke strekking voor wettelijke normen

153. In de situaties die ik in het voorgaande behandelde, werd het relativiteitsvereiste gebruikt als vehikel om een redelijk geachte grens aan aansprakelijkheid, die niet werd ontleend aan een gebleken bedoeling met de geschonden norm, tot uitdrukking te brengen. Het relativiteitsvereiste vormt hier als het ware het sluitstuk van een redenering. In nu te bespreken situaties speelt het omgekeerde. Vanwege het in art. 6:162 BW neergelegde jegensvereiste dient de vraag te worden beantwoord of jegens de gelaedeerde onrechtmatig is gehandeld, maar laat zich niet bepalen of met de geschonden norm beoogd is om deze gelaedeerde te beschermen. Omdat het antwoord op de vraag of jegens de gelaedeerde onrechtmatig is gehandeld, niet volgt uit de met de geschonden norm beoogde bescherming, wordt de strekking van de geschonden norm bepaald door te beoordelen of een redelijke begrenzing van aansprakelijkheid wordt verkregen indien ook de gelaedeerde een aanspraak op schadevergoeding wordt gegeven.

Dit probleem speelt met name in het geval van de schending van een wettelijke plicht en dan in het bijzonder indien sprake is van een secundair gelaedeerde. Ik spreek van een secundair gelaedeerde, indien door een onrechtmatige daad

schade door iemand, de primair gelaedeerde, geleden wordt en als gevolg daarvan schade voor een derde, de secundair gelaedeerde, ontstaat. Doorgaans is onduidelijk of met de wettelijke norm ook beoogd is deze secundair gelaedeerde te beschermen. De vraag rijst hoe dan bepaald dient te worden of jegens de secundair gelaedeerde onrechtmatig is gehandeld.

Dit probleem bij de beantwoording van de vraag of jegens een gelaedeerde onrechtmatig is gehandeld, speelt niet in het geval van een inbreuk op een subjectief recht van de primair gelaedeerde: dan is in beginsel alleen onrechtmatig tegenover de primair gelaedeerde, als rechthebbende, gehandeld.⁸⁹ Indien sprake is van de schending van een norm van ongeschreven recht, geldt dat onrechtmatig is gehandeld tegenover diegene wiens belang men had dienen te ontzien.⁹⁰ Het vaststellen welke belangen men had dienen te ontzien is niet steeds eenvoudig, maar wel is betrekkelijk helder op welke wijze dit dient te worden vastgesteld.

In het navolgende bespreek ik in welke gevallen zich dit probleem voordoet en hoe vastgesteld kan worden of de schending van een wettelijke norm jegens zo'n secundair gelaedeerde onrechtmatig is.

Letsel en overlijden en secundair gelaedeerden

154. Soms wordt door een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis letsel aan iemand toegebracht en/of komt die persoon ten gevolge van de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis te overlijden, en lijden derden ten gevolge daarvan schade.

Te denken valt bijvoorbeeld aan de situatie waarin ten gevolge van een verkeersfout letsel wordt toegebracht en naasten van de gelaedeerde aanzienlijke lasten van verzorging en verpleging op zich nemen.

Wanneer de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis bestaat uit de schending van een wettelijke plicht, laat zich mijns inziens doorgaans niet uit de met die plicht beoogde bescherming afleiden of jegens zo'n secundair gelaedeerde onrechtmatig is gehandeld. Omwille van de rechtszekerheid heeft de wetgever in art. 6:107, 6:107a en 6:108 BW in beginsel limitatief geregeld welke secundair gelaedeerden aanspraak hebben op vergoeding van welke schade.⁹¹ In de door de genoemde artikelen bestreken gevallen schiet de wet aldus zelf te hulp bij de bepaling of ook een secundair gelaedeerde aanspraak dient te hebben op schadevergoeding.⁹² Op welke wijze heeft de wetgever bepaald welke secundair gelaedeerden zo'n aanspraak dienen te hebben? De genoemde bepalingen zijn groten-

⁸⁹ Zie nader § 7.3.1.

⁹⁰ Zie nader § 7.3.3.

⁹¹ Parl. Gesch. Inv. Boek 6, p. 1279. De regelingen van art. 6:107, 6:107a en 6:108 BW zijn ook van toepassing in het geval van andersoortige onrechtmatige daden en tevens in het geval van andersoortige aansprakelijkheidscheppende gebeurtenissen, zie hierover nader § 15.2.3.

⁹² Met dien verstande dat de regelingen van art. 6:107, 6:107a en 6:108 BW de secundair gelaedeerde een aanspraak tegenover de laedens geven die is afgeleid van de aanspraak op schadevergoeding van de primair gelaedeerde. Niet is door de wetgever voor de weg gekozen om vast te leggen welke personen naast de primair gelaedeerde zijn beschermd tegen welke schade en welke wijzen van ontstaan. Voor zover sprake is van aansprakelijkheid vanwege onrechtmatige daad, bestaat in theorie tussen beide mogelijke systemen mijns inziens geen wezenlijk verschil.

deels gebaseerd op de notie van verplaatste schade.⁹³ Deze notie houdt, kort gezegd, in dat als bepaalde schade, waarvan de gelaedeerde zelf vergoeding zou hebben kunnen vorderen indien deze voor zijn rekening zou zijn gekomen, door min of meer bijzondere omstandigheden voor rekening van een derde is gekomen, het niet redelijk zou zijn om de laedens door de verplaatsing van schade te laten weggelaten worden zonder deze schade te vergoeden en het tevens niet redelijk zou zijn de derde een andere positie tegenover de laedens te geven dan de gelaedeerde zou hebben gehad indien de schade voor zijn rekening zou zijn gekomen.⁹⁴ Het antwoord op de vraag of zo'n secundair gelaedeerde aanspraak heeft op schadevergoeding wordt via deze regeling dus in de redelijkheid gevonden en in dit kader is de met de geschonden norm beoogde bescherming slechts een factor.

155. In uitzonderlijke omstandigheden kan een secundair gelaedeerde die schade lijdt doordat ten gevolge van de schending van een wettelijke plicht aan een ander letsel is toegebracht en/of die ander is overleden, aanspraak hebben op schadevergoeding buiten de regelingen van art. 6:107, 6:107a en 6:108 BW om. Ook dan rijst de vraag hoe bepaald dient te worden of jegens de secundair gelaedeerde onrechtmatig is gehandeld. In het *Taxibus*-arrest⁹⁵ heeft de Hoge Raad voor een bijzondere situatie een specifieke regel over de strekking van veiligheids- en verkeersnormen gegeven. De Hoge Raad oordeelde:

“[i]ndien iemand door overtreding van een veiligheids- of verkeersnorm een ernstig ongeval veroorzaakt, handelt hij in een geval als hier bedoeld niet alleen onrechtmatig jegens degene die dientengevolge is gedood of gekwetst, maar ook jegens degene bij wie door het waarnemen van het ongeval of door de directe confrontatie met de ernstige gevolgen ervan, een hevige emotionele schok wordt teweeggebracht, waaruit geestelijk letsel voortvloeit, hetgeen zich met name zal kunnen voordoen indien iemand tot wie de aldus getroffen in een nauwe affectieve relatie staat, bij het ongeval is gedood of gewond.”

Uit de met de geschonden norm daadwerkelijk beoogde bescherming laat zich mijns inziens niet afleiden dat ook bedoeld is om secundair gelaedeerden in deze omstandigheden te beschermen. Naar mijn mening wordt op grond van andere omstandigheden aan de geschonden norm een zodanige strekking gegeven dat een redelijk geachte begrenzing aan aansprakelijkheid wordt verkregen. Welke omstandigheden dat in dit geval dan precies zijn, kan hier verder in het midden blijven.

Andere situaties en secundair gelaedeerden

156. Ook buiten de situaties van personenschade zijn er gevallen waarin een wettelijke plicht is geschonden en sprake is van een secundair gelaedeerde en daarom de vraag rijst of de schending van deze plicht ook jegens de secundair gelaedeerde onrechtmatig is.

93 Zie § 15.2.3.

94 Zie § 15.2.1 en ook § 15.8.1.

95 HR 22 februari 2002, NJ 2002/240 m.nt. J.B.M. Vranken (*Taxibus*), rov. 4.3.

Ik geef twee voorbeelden. (1) In een straat in de stad rijdt een vrachtwagen op onrechtmatige wijze een auto aan. Deze auto kan daardoor niet verder rijden en de straat raakt geblokkeerd. Zowel de aanrijding als het blokkeren van de straat is in strijd met art. 5 WVV. Ongeduldige bestuurders van enkele achteropkomende vrachtauto's proberen via naastgelegen fiets- en voetpaden de vrachtwagen en auto te passeren. Deze paden raken hierdoor beschadigd. Strekte de door de chauffeur van de vrachtwagen die de aanrijding veroorzaakte geschonden norm ook tot bescherming van de gemeente voor wiens rekening deze schade kwam?⁹⁶ (2) Een in strijd met art. 5 WVV veroorzaakte aanrijding tussen twee voertuigen veroorzaakt een luide knal. Biggen in een nabijgelegen stal raken hierdoor in paniek met als gevolg dat diverse dieren worden vertrappt en doodgaan. Heeft degene die onrechtmatig de aanrijding veroorzaakte, ook onrechtmatig jegens de eigenaar van de biggen gehandeld?⁹⁷

Mijns inziens ligt voor de hand dat degene die in strijd met art. 5 WVV een kettingsbotsing veroorzaakt, onrechtmatig handelt jegens degenen die bij de botsing betrokken zijn. Maar wat als de schade van een secundair gelaedeerde, zoals in de gegeven twee voorbeelden, op een minder alledaagse wijze ontstaat? In deze twee situaties laat zich naar ik meen niet uit de bedoeling van de wetgever met de geschonden norm afleiden of aansprakelijkheid jegens de secundair gelaedeerde dient te bestaan. Of door de schending van de wettelijke plicht jegens de secundair gelaedeerde onrechtmatig is gehandeld, kan hier mijns inziens niet anders worden beoordeeld dan door te bepalen of een redelijke begrenzing van aansprakelijkheid wordt verkregen.

De dogmatiek die de wetgever voor ogen had en de interpretatie van de Hoge Raad

157. De ontwerpers van boek 6 BW hebben willen voorkomen dat bij een onduidelijke bedoeling van de wetgever de strekking van de geschonden norm aan de hand van andere omstandigheden van het geval vastgesteld zou moeten worden. In het driemanschapontwerp was ter oplossing van het probleem van de onduidelijke bedoeling van de wetgever, de hoofdregel opgenomen dat degene die handelt in strijd met een wettelijke plicht in beginsel tegen eenieder een onrechtmatige daad pleegt die dientengevolge schade kan lijden welke op het tijdstip van het plegen van de daad met voldoende graad van waarschijnlijkheid als gevolg te voorzien was. Tevens was de hoofdregel opgenomen dat de verplichting tot schadevergoeding zich in beginsel uitstreckte tot de schade welke bij het plegen van de daad met voldoende graad van waarschijnlijkheid als gevolg te voorzien was. Een en ander was slechts anders als zou blijken dat de overtreden norm een andere strekking had.

Het gewijzigd ontwerp heeft deze hoofdregels uit de wet gehaald, maar hen wel in de memorie van antwoord onderschreven. Het gewijzigd ontwerp ging volgens deze memorie

“[e]venals het [driemanschaps]ontwerp (...) ervan uit dat een norm in beginsel strekt ter bescherming van allen die als gevolg van overtreding ervan schade kunnen lijden en dat wel ter

96 Vrij naar: BGH 16 februari 1972, *BGHZ* 58, 162, *NJW* 1972, 904.

97 Vrij naar: BGH 2 juli 1991, *BGHZ* 115, 84, *NJW* 1991, 2568.

bescherming tegen alle schade die aan de dader op de voet van [het ontwerp voor art. 6:98 BW] als een gevolg van die overtreding kan worden toegerekend⁹⁸.

Wanneer de strekking van de geschonden norm onduidelijk was, werd met dit uitgangspunt het begrenzen van aansprakelijkheid uit het relativiteitsvereiste gehaald en ondergebracht in de schadetoerekening.

De Hoge Raad heeft deze kanalisatie naar de schadetoerekening echter afgevoerd.⁹⁹ In de interpretatie die de Hoge Raad aan het wettelijke systeem heeft gegeven, moet steeds worden vastgesteld of jegens de gelaedeerde onrechtmatig is gehandeld door de vaststelling van de strekking van de geschonden norm. De door de Hoge Raad aan het wettelijke systeem gegeven interpretatie dwingt er dus toe om met name indien ten gevolge van de schending van een wettelijke norm een keten van gelaedeerden ontstaat, de strekking van de geschonden norm te bepalen door te beoordelen of een redelijke begrenzing aan aansprakelijkheid wordt verkregen.¹⁰⁰ De strekking van de geschonden norm dient dan te worden bepaald aan de hand van andere omstandigheden dan de door de wetgever beoogde bescherming, waarbij beslissend is of een redelijke begrenzing van aansprakelijkheid wordt verkregen.

3.3.4 *Verruiming van de strekking buiten de beoogde bescherming*

158. In de tot slot te bespreken situaties wordt de strekking van de geschonden norm ruimer gekozen dan de met deze norm beoogde bescherming teneinde te voorkomen dat een onredelijke begrenzing van aansprakelijkheid wordt verkregen. Bij de bestudering van de jurisprudentie springt deze werkwijze veelal niet dadelijk in het oog omdat dit in de rechterlijke motivering doorgaans enigszins verhuld wordt.

Gelijkenis met een schadesituatie waartegen wel beschermd wordt

159. Soms ontstaat ten gevolge van de schending van een norm een schadesituatie waarvoor het volgende geldt. Met de geschonden norm is niet beoogd te beschermen tegen deze schadesituatie. Maar deze schadesituatie lijkt, qua persoon van de gelaedeerde, het soort schade en de wijze waarop de schade is ontstaan, wel op de schadesituaties waartegen de norm wél bescherming biedt. Deze gelijkenis is zodanig dat het onredelijk zou zijn om de laedens weg te laten komen zonder de veroorzaakte schade te vergoeden en het eveneens onredelijk zou zijn de gelaedeerde een andere positie te geven dan degenen die schade lijden waartegen de geschonden norm wel bescherming biedt. Om die reden wordt soms de strekking van de geschonden norm ruimer uitgelegd dan de met die norm beoogde bescherming.

98 Parl. Gesch. Boek 6, p. 637, 638 (M.v.A. II). Zie hierover § 2.8.2.

99 Zie § 2.9.

100 De andere situatie wordt besproken in § 3.3.4.

Dit verschijnsel bespreek ik nader in § 8.3.2. Het is onder meer zichtbaar in de daar te bespreken zaken *Claessens/Tijssen*,¹⁰¹ *Cijsouw/De Schelde I*¹⁰² en *Legionella*.¹⁰³ In *Claessens/Tijssen* werd de strekking van een veiligheidsnorm waarmee de wetgever beoogd had werknemers te beschermen, zodanig uitgelegd dat ook anderen die in opdracht van een werkgever werkzaamheden uitvoerden door deze norm beschermd werden. In *Cijsouw/De Schelde I* werd de strekking van een voor een werkgever geldende veiligheidsnorm waarmee werd beoogd tegen asbestose en longkanker te beschermen, maar niet tegen mesothelioom, zodanig uitgelegd dat zij toch strekte tot bescherming daarvan. In *Legionella* werd de strekking van de voor een whirlpoolhouder geldende norm waarmee kennelijk werd beoogd te beschermen tegen het gezondheidsgevaar dat bestond bij het baden in een whirlpool met door bacteriën verontreinigd water, zodanig uitgelegd dat deze ook strekte tot bescherming tegen het gevaar dat legionellabacteriën zich via de lucht onder bezoekers van een expositie zouden verspreiden.

Het is hier het beginsel dat gelijke gevallen gelijk behandeld dienen te worden en ongelijke gevallen verschillend naar de mate van ongelijkheid, dat ertoe kan nopen om het beschermingsbereik van een norm zich te laten uitstrekken tot buiten de schadesituaties waartegen met de norm beoogd is te beschermen. Bij de toepassing van het relativiteitsvereiste is hier niet de met de geschonden norm beoogde bescherming beslissend, maar of een redelijke begrenzing van aansprakelijkheid wordt verkregen.

Verplaatste schade

160. Een belangrijke species van het, omwille van het verkrijgen van een redelijke begrenzing van aansprakelijkheid, verruimen van de strekking buiten de beoogde bescherming, wordt gevormd door de gevallen van verplaatste schade. Het probleem van verplaatste schade doet zich onder meer voor in casus waarin ten gevolge van een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis letsel, eventueel met de dood als gevolg, aan een persoon wordt toegebracht en naasten, in persoonlijke of beroepsmatige zin, van die persoon hierdoor ook schade lijden. In nr. 154 zagen wij al dat de wetgever in art. 6:107, 6:107a en 6:108 BW heeft geregeld welke derden aanspraak hebben op vergoeding van welke schade en tevens dat deze regelingen grotendeels zijn gebaseerd op de notie van verplaatste schade. Het aan een derde laten toekomen van een aanspraak op schadevergoeding wordt er dan, als gezegd, door gerechtvaardigd dat de rechtstreeks getroffen zelf vergoeding zou hebben kunnen vorderen indien deze voor zijn rekening zou zijn gekomen, deze schade door min of meer bijzondere omstandigheden voor rekening van een derde is gekomen, en het niet redelijk zou zijn om de laedens door de verplaatsing van schade te laten weggelaten worden zonder deze schade te vergoeden en het evenmin redelijk zou zijn de derde een andere positie tegenover de laedens te geven dan de rechtstreeks getroffen zou hebben gehad indien de schade voor zijn rekening zou zijn gekomen. Het is hier aldus de gelijkenis met een andere situatie waarin de rechtstreeks getroffen wél aanspraak zou hebben op vergoeding van dezelfde schade veroorzaakt door dezelfde gebeurtenis, die redelijk

101 HR 1 maart 1963, *NJ* 1964/12 m.nt. J.H. Beekhuis (*Claessens/Tijssen*).

102 HR 25 juni 1993, *NJ* 1993/686 m.nt. P.A. Stein (*Cijsouw/De Schelde I*).

103 HR 29 november 2002, *NJ* 2003/549 m.nt. J.B.M. Vranken (*Legionella*).

doet zijn om de derde, die de schade heeft geleden, een aanspraak op vergoeding daarvan te geven.

161. Het probleem van verplaatste schade speelt ook buiten de, door de regelingen van art. 6:107, 6:107a en 6:108 BW beheerste, gevallen van personenschade.

Door een onrechtmatige daad wordt een woning beschadigd. Niet de eigenaar maar de huurder maakt de kosten voor het herstel ervan. Heeft de laedens ook jegens deze huurder onrechtmatig gehandeld? De Hoge Raad heeft in *Friesland/Salverda*¹⁰⁴ deze vraag bevestigend beantwoord en daarbij overwogen “*dat het toch redelijk is dat de huurder niet deze omweg [van het aanspreken van de verhuurder] volgt, doch [als de huurder de zaak zelf herstelt] door hem door de beschadiging van de gehuurde zaak geleden schade – eventueel tezamen met door hem als huurder nog geleden verdere schade – van de pleger van de onrechtmatige daad terug te vorderen*”.

In deze situaties van verplaatste schade laat zich niet uit de met de geschonden norm beoogde bescherming afleiden of degene naar wie de schade zich heeft verplaatst, aanspraak heeft op vergoeding daarvan. In deze situaties kan zich wel opdringen dat het onredelijk zou zijn om de gelaedeerde (de huurder) een andere positie tegenover de laedens te geven dan degene die met de geschonden norm wel beoogd is te beschermen (de verhuurder) zou hebben indien de schade voor diens rekening zou zijn gekomen. Evenzeer kan duidelijk zijn dat het onredelijk zou zijn de laedens te laten weggelaten worden zonder de door zijn onrechtmatige daad veroorzaakte schade te vergoeden slechts omdat die schade voor rekening van een ander is gekomen. In hoofdstuk 15 bespreek ik nader onder welke omstandigheden de redelijkheid verlangt om degene naar wie de schade zich heeft verplaatst aanspraak te geven op vergoeding daarvan. Hier is van belang dat in deze situaties van verplaatste schade de strekking van de geschonden norm zodanig wordt vastgesteld dat een redelijke begrenzing van aansprakelijkheid wordt verkregen en daarbij niet de met de geschonden norm beoogde bescherming doorslaggevend is.

Dogmatische inbedding

162. Men zou in de gevallen zoals besproken in het voorgaande kunnen zeggen dat het relativiteitsvereiste niet geldt, omdat het bij wijze van uitzondering onredelijk zou zijn om aansprakelijkheid te begrenzen aan de hand van de met de norm beoogde bescherming.¹⁰⁵ Een dergelijke opvatting verhoudt zich moeilijk tot het jegensvereiste van art. 6:162 BW en de categorische bewoordingen van art. 6:163 BW (“[g]een *verplichting tot schadevergoeding bestaat indien (...)*”). Bovendien is deze benadering minder praktisch, omdat ook in deze gevallen wel grenzen aan het beschermingsbereik van de geschonden norm blijven bestaan. Om niet het relativiteitsvereiste aan de kant te hoeven zetten, wordt het probleem in de jurisprudentie veelal opgelost door de strekking van de geschonden norm,

¹⁰⁴ HR 4 maart 1955, NJ 1955/301 (*Friesland/Salverda*).

¹⁰⁵ Zie nader § 8.2. In de regelingen van art. 6:107, 6:107a en 6:108 BW speelt het relativiteitsvereiste geen rol omdat de aanspraak van de derde daar wordt gebaseerd op de aansprakelijkheid van de laedens jegens de gewonde. Du Perron 1999, nr. 138 schrijft in zoverre terecht dat in situaties van verplaatsing van zaakschade het relativiteitsvereiste in wezen wordt geschrapt.

meestal enigszins verdekt, ruimer uit te leggen dan de met de norm beoogde bescherming. In deze gevallen is naar mijn mening sprake van beslissende aanvullende werking van de redelijkheid. Het jegensvereiste en de categorische bevoordingen van art. 6:163 BW maken dat het wettelijke stelsel ertoe dwingt om niet de beoogde bescherming beslissend te laten zijn maar om de strekking van normen te bepalen aan de hand van redelijkheidsoverwegingen.

Opmerking verdient dat de correctie-Langemeijer, waarover nader in § 8.3.4, in deze situaties lang niet altijd een alternatieve route biedt om de gelaedeerde een aanspraak op schadevergoeding te geven. In allerlei situaties is het namelijk niet goed mogelijk om een specifieke zorgvuldigheidsnorm te construeren die beschermt tegen de door de normschending veroorzaakte schade waarvan redelijk is dat deze vergoed wordt. Dit is onder meer het geval in de in nr. 159 genoemde zaken *Claessens/Tijssen*,¹⁰⁶ *Cijsouw/De Schelde I*,¹⁰⁷ *Legionella*,¹⁰⁸ *Friesland/Salverda*¹⁰⁹ en *Amro/Bromet*.¹¹⁰ Zie over de ontoereikendheid van de constructie met de zorgvuldigheidsnorm in gevallen van verplaatste schade uitvoerig nr. 681 e.v.

3.3.5 Tussenconclusie

163. In het voorgaande heb ik betoogd dat het bij de beantwoording van de vraag of aan het relativiteitsvereiste is voldaan, en dus bij het onderzoek tot welke personen en tot welke schade en welke wijzen van ontstaan van schade de met de geschonden norm beoogde bescherming zich uitstrekt, in allerlei situaties niet gaat om een met de geschonden norm gebleken bedoeling. Tevens heb ik betoogd dat bij de toepassing van het relativiteitsvereiste uiteindelijk steeds beslissend is of een redelijke begrenzing van aansprakelijkheid wordt verkregen. In de eerste plaats, zo betoogde ik, worden met behulp van het relativiteitsvereiste diverse begrenzingen aan aansprakelijkheid aangebracht die niet volgen uit een gebleken bedoeling met de geschonden norm, en waarbij beslissend is of gelet op de omstandigheden van het geval een redelijke begrenzing van aansprakelijkheid wordt verkregen (§ 3.3.2). In de tweede plaats wordt in het geval van de schending van een wettelijke plicht de vraag of jegens een secundair gelaedeerde onrechtmatig is gehandeld, naar mijn mening doorgaans niet beantwoord aan de hand van de met die plicht beoogde bescherming. Beslissend is in plaats daarvan of gelet op de omstandigheden van het geval een redelijke begrenzing van aansprakelijkheid wordt verkregen (§ 3.3.3). In de derde plaats, zo zette ik uiteen, is soms nodig om de strekking van de geschonden norm ruimer uit te leggen dan de met deze norm beoogde bescherming omdat anders in de omstandigheden van het geval geen redelijke begrenzing van aansprakelijkheid zou worden verkregen (§ 3.3.4).

106 HR 1 maart 1963, *NJ* 1964/12 m.nt. J.H. Beekhuis (*Claessens/Tijssen*).

107 HR 25 juni 1993, *NJ* 1993/686 m.nt. P.A. Stein (*Cijsouw/De Schelde I*).

108 HR 29 november 2002, *NJ* 2003/549 m.nt. J.B.M. Vranken (*Legionella*).

109 HR 4 maart 1955, *NJ* 1955/301 (*Friesland/Salverda*).

110 HR 18 december 1987, *NJ* 1988/439 m.nt. W.C.L. van der Grinten (*Amro/Bromet*).

3.4 ...en de met de norm beoogde bescherming in het toerekeningsvereiste

164. In het voorgaande besprak ik de toepassing van het relativiteitsvereiste. Ik liet zien dat daarbij in allerlei gevallen niet de met de geschonden norm beoogde bescherming beslissend is en uiteindelijk steeds doorslaggevend is of, gelet op de omstandigheden van het geval, een redelijke begrenzing van aansprakelijkheid wordt verkregen. In deze paragraaf verleg ik de aandacht naar het vereiste van toerekenbaarheid van de schade. Art. 6:98 BW bepaalt dat voor vergoeding slechts in aanmerking komt schade die in zodanig verband staat met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid van de schuldenaar berust, dat zij hem, mede gezien de aard van de aansprakelijkheid en van de schade, als een gevolg van deze gebeurtenis kan worden toegerekend. Naar heersende opvattingen hangt het antwoord op de vraag of door een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis veroorzaakte schade kan worden toegerekend af van de omstandigheden van het geval.¹¹¹ Het is een gemeenplaats om te zeggen dat beslissend is of een redelijke begrenzing van aansprakelijkheid wordt verkregen: sinds Kösters inaugurele rede wordt in de literatuur algemeen gesproken van ‘toerekening naar redelijkheid’.

165. Er is een lange lijn van rechtspraak van de Hoge Raad waarin hij oordeelde dat juist omdat de geschonden norm beoogde te beschermen tegen de schade zoals geleden, deze schade ook dient te worden toegerekend. De Hoge Raad heeft een dergelijke gedachtegang al enkele malen gevolgd toen de leer van de adequate veroorzaking nog heersend werd geacht, en haar nog vaker gebruikt onder de leer van de redelijke toerekening.

In nr. 345 bespreek ik deze jurisprudentie. De Hoge Raad hanteerde deze gedachtegang toen de adequatieleer nog heersend was in *Edel en Van der Groep/De Oude Zwolsche*¹¹² en in *De Brouwer/Van den Besselaar*.¹¹³ Sinds de aanvaarding door hem van de leer van de redelijke toerekening hanteerde hij deze gedachtegang in *Dicky Trading I*,¹¹⁴ *Nuts/Hofman*,¹¹⁵ *Wrongful birth*,¹¹⁶ *Misbruik door broer*,¹¹⁷ *Sint Willibrord/V.*,¹¹⁸ *Baby Kelly*¹¹⁹ en *De Treek/Dexia*.¹²⁰

Mijns inziens is dit ook een begrijpelijk verband tussen de met de geschonden norm beoogde bescherming en de toerekening van schade: indien zich laat vaststellen dat met de geschonden norm beoogd is te beschermen tegen de schade zoals door de schending van die norm is geleden, zou niet goed te begrijpen om die schade niet toe te rekenen en daarvoor geen aansprakelijkheid te laten bestaan.

111 Zie § 2.9.

112 HR 12 februari 1960, *NJ* 1960/171 (*Edel en Van der Groep/De Oude Zwolsche*).

113 HR 18 december 1970, *NJ* 1971/142 m.nt. G.J. Scholten (*De Brouwer/Van den Besselaar*).

114 HR 18 december 1992, *NJ* 1994/91 m.nt. E.A.A. Luijten (*Dicky Trading I*).

115 HR 1 juli 1993, *NJ* 1993/667 m.nt. P.A. Stein (*Nuts/Hofman*).

116 HR 21 februari 1997, *NJ* 1999/145 m.nt. C.J.H. Brunner (*Wrongful birth*).

117 HR 27 februari 1998, *NJ* 1998/417 (*Misbruik door broer*).

118 HR 16 juni 2000, *NJ* 2000/584 m.nt. C.J.H. Brunner (*Sint Willibrord/V.*).

119 HR 18 maart 2005, *NJ* 2006/606 m.nt. J.B.M. Vranken (*Baby Kelly*).

120 HR 5 juni 2009, *NJ* 2012/182 m.nt. J.B.M. Vranken (*De Treek/Dexia*).

In hoofdstuk 7 werk ik dit nader uit en zal ik betogen dat de met de geschonden norm beoogde bescherming in het kader van de schadetoerekening veelal doorslaggevend is: in het gros van alle gevallen laat zich vaststellen dat met de geschonden norm beoogd is te beschermen tegen de veroorzaakte schade, en dan dient deze schade te worden toegerekend. Daarnaast geldt dat de omstandigheid dat de veroorzaakte schadesituatie, zowel qua persoon van de gelaedeerde, het soort schade en de wijze waarop de schade is ontstaan, in hoge mate overeenkomt met de schadesituaties waartegen met de geschonden norm beoogd is te beschermen soms ertoe kan nopen om de schade toe te rekenen.¹²¹

166. Inmiddels heeft verder de Hoge Raad uitdrukkelijk geoordeeld dat de strekking van de toepasselijke kwalitatieve aansprakelijkheid een relevante factor is bij de schadetoerekening.¹²² Naar ik meen ligt voor de hand dat hetzelfde geldt in het geval de aansprakelijkheid op een toerekenbare normschending is gebaseerd en dan dus de strekking van de geschonden norm bij de schadetoerekening een relevante factor is.

167. Op grond van het voorgaande concludeer ik dat bij de schadetoerekening de met de geschonden norm beoogde bescherming een wezenlijke rol speelt bij de beoordeling of, gelet op de omstandigheden van het geval, een redelijke begrenzing van aansprakelijkheid wordt verkregen.

3.5 Onderscheid tussen relativiteit en toerekening?

3.5.1 *Inleiding*

168. Inmiddels is het tijd om op basis van het voorgaande de verhouding tussen het relativiteitsvereiste en het toerekeningsvereiste nader te bespreken. Voorop kan worden gesteld dat er gevallen zijn waarin de aansprakelijkheid voor de door een onrechtmatige daad veroorzaakte schade wordt begrensd precies omdat met de geschonden norm beoogd is tegen geheel andere schade te beschermen dan de schade zoals geleden. Net zo goed zijn er gevallen waarin de door een onrechtmatige daad veroorzaakte schade op zo'n abnormale manier teweeg is gebracht dat het niet redelijk zou zijn om deze schade aan de laedens toe te rekenen.

In het voorgaande bleek echter dat wanneer men een groter aantal gevallen overziet, dat tot de volgende conclusies noopt. Enerzijds noopt dat tot de conclusie dat in het relativiteitsvereiste voor de strekking van een norm beslissend is of met een bepaalde strekking een redelijke begrenzing van aansprakelijkheid wordt verkregen. Bij de bepaling van deze strekking konden andere omstandigheden dan de met de norm beoogde bescherming meespelen, in allerlei gevallen op beslissende wijze. Anderzijds geldt dat bij de beoordeling van de toerekenbaarheid van schade beslissend is of een redelijke begrenzing van aansprakelijkheid wordt verkregen. Bij deze beoordeling bleek evenwel van belang, soms zelfs van doorslaggevend belang, of met de geschonden norm beoogd is te beschermen

121 Zie § 7.2.3, 8.3, 9.3, 10.3, 11.3 en hoofdstuk 15.

122 HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278 (*X/NAM*), rov. 2.4.2.

tegen de schade zoals geleden. Op grond hiervan concludeer ik dat in zowel het relativiteitsvereiste als het toerekeningsvereiste beslissend is of een redelijke begrenzing van aansprakelijkheid wordt verkregen. Zowel in het relativiteitsvereiste als in het toerekeningsvereiste worden hierbij in aanmerking genomen de met de geschonden norm (of met het geschonden subjectieve recht of met de toepasselijke kwalitatieve aansprakelijkheid) beoogde bescherming én andere omstandigheden.

Hartkamp en Sieburgh hebben zich op het standpunt gesteld dat men bij het uitleggen van het beschermingsbereik van de geschonden norm geen rekening kan houden met de verzekerdheid van schade en de mate van schuld van de laedens. Het toerekeningsvereiste is in hun opvatting daarom naast het relativiteitsvereiste nodig omdat alleen in dat toerekeningsvereiste rekening kan worden gehouden met deze voor de begrenzing van aansprakelijkheid relevante omstandigheden.¹²³ Naar ik meen kan deze opvatting niet meer als juist worden aanvaard. In § 3.3.4 bleek dat in heel uiteenlopende gevallen aan een norm een zodanige strekking wordt gegeven zodat in de omstandigheden van het geval een redelijke begrenzing aan aansprakelijkheid wordt verkregen en daarbij allerlei andere omstandigheden worden betrokken dan de met de norm beoogde bescherming. Niet zie ik daarom in waarom bij de bepaling van de strekking van een norm geen rekening zou kunnen worden gehouden met de verzekerdheid van de schade of de mate van schuld van de laedens als dat tot een redelijk beschermingsbereik leidt. Integendeel; er staat niets aan in de weg om de strekking van een norm ruimer te doen zijn waar de laedens verzekeringsdekking heeft en minder ruim waar dat niet het geval is. Ook staat er mijns inziens niets aan in de weg om het beschermingsbereik van de geschonden norm bij verschillende gradaties van schuld van degene die de norm schendt zodanig uit te leggen dat tot een redelijke begrenzing van aansprakelijkheid wordt gekomen.¹²⁴

169. Het gegeven dat in het relativiteitsvereiste en in het toerekeningsvereiste dezelfde omstandigheden beoordeeld worden naar dezelfde maatstaf, is mijns inziens een belangrijke aanwijzing dat het niet zinvol is deze vereisten in de doctrine te onderscheiden. Om tot een oordeel hierover te komen behandel ik in het navolgende eerst tot welke nadelen het maken van dit onderscheid leidt (§ 3.5.2) en daarna of het vanwege de verschillende rechtsgevolgen die de wet aan deze vereisten heeft gekoppeld nodig is om dit onderscheid te maken (§ 3.5.3). Daarna kom ik tot een slotsom over dit onderscheid (§ 3.5.4).

3.5.2 *Nadelen van het maken van onderscheid*

170. Aan het bij buitencontractuele aansprakelijkheid tegelijkertijd stellen, zoals onze wet doet, van het relativiteitsvereiste en het toerekeningsvereiste zijn verschillende nadelen verbonden: het leidt tot een doublure in het beoordelingskader, tot een onjuiste suggestie over de inhoud van de vereisten en tot dogmatische verwarring. Daarnaast leidt het wettelijke systeem met deze vereisten tot de onmogelijkheid van een uniforme dogmatiek voor de begrenzing van buitencon-

123 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015, nr. 144.

124 In § 4.5.3 heb ik overigens uitgewerkt waarom mijns inziens de mate van schuld van de laedens voor de begrenzing van aansprakelijkheid in het algemeen niet van belang is.

tractuele en contractuele aansprakelijkheid. Ik behandel deze nadelen in het navolgende achtereenvolgens.

Doublure in het beoordelingskader

171. Omdat, zoals ik heb betoogd, bij de beoordeling of voldaan is aan het relativiteitsvereiste en het toerekeningsvereiste dezelfde maatstaf wordt aangelegd en dezelfde omstandigheden in de beoordeling worden betrokken, leidt het wettelijk stelsel in allerlei gevallen tot doublures in de beoordeling.

Als men eerst gaat toetsen of de geschonden norm strekt tot bescherming tegen de schade zoals geleden – en daarbij ook andere omstandigheden betreft dan hetgeen met de norm is beoogd en beslissend laat zijn of een redelijke begrenzing van aansprakelijkheid wordt verkregen – en men vervolgens beoordeelt of de schade redelijkerwijs kan worden toegerekend – en daarbij de met de norm beoogde bescherming van, soms beslissend, belang laat zijn – doet men in allerlei gevallen twee keer hetzelfde: men onderzoekt twee keer of het, gelet op hetgeen met de norm bedoeld is en andere omstandigheden, redelijk is om aansprakelijkheid voor de veroorzaakte schade te laten bestaan. Deze doublure in de beoordeling komt met name naar voren in de situaties waarin andere omstandigheden dan de beoogde bescherming grote invloed hebben op de strekking van de norm en – omgekeerd – in de situaties waarin de toerekening van de schade zich laat baseren op de met de norm beoogde bescherming. Dergelijke doublures zijn minder wenselijk. Het maakt concrete geschillen onoverzichtelijk. Dezelfde argumenten worden dan in twee kaders aangevoerd.

Hartkamp en Sieburgh betoogden dat indien men overwegingen die ontleend worden aan de relativiteitsleer zou gaan inpassen bij de beoordeling van de toerekenbaarheid van schade, dat zou leiden tot een comprimering van de dogmatiek die aan de overzichtelijkheid van het recht niet ten goede komt. Dit argument is erop gebaseerd dat relativiteit en toerekening zich veel meer laten scheiden dan in werkelijkheid het geval is. Wanneer men eenmaal inziet dat de redelijkheid van de verkregen begrenzing in allerlei gevallen belangrijke invloed heeft op de strekking van de geschonden norm, terwijl de met de norm beoogde bescherming wezenlijk is voor de toerekenbaarheid van schade, verliest dit argument zijn betekenis: het komt dan juist aan de overzichtelijkheid van het recht ten goede om één beoordelingsmoment te hebben. Waar Nieuwenhuis schreef dat het geen kwaad kan als een rechtsstelsel ter oplossing van een categorie problemen twee sleutels in huis heeft, ziet hij er kennelijk aan voorbij dat in debatten over de reikwijdte van aansprakelijkheid in concrete geschillen dezelfde redenen in het kader van beide sleutels worden gehanteerd wat onpraktisch en niet overzichtelijk is.

Onjuiste suggesties over de inhoud van de vereisten

172. Het maken van onderscheid tussen het relativiteitsvereiste en het schadetoe-rekeningsvereiste leidt verder tot onjuiste suggesties over de inhoud van beide vereisten. Uitgaande van het onderscheid, gaat het in het relativiteitsvereiste kennelijk om hetgeen daadwerkelijk met de geschonden norm is beoogd. In de jurisprudentie wordt wel gesproken van het “onderzoek” naar de strekking van de geschonden norm. Verheij heeft er terecht op gewezen dat de term onderzoek een

feitelijke connotatie heeft.¹²⁵ Op deze wijze wordt een onjuiste suggestie gegeven: de strekking van de geschonden norm kan immers worden vastgesteld aan de hand van de omstandigheden van het geval waarbij beslissend is of een redelijke begrenzing van aansprakelijkheid wordt verkregen. De onjuiste suggestie bemoeilijkt om in het kader van het relativiteitsvereiste voor de strekking van de geschonden openlijk beslissend te laten zijn of een redelijke begrenzing van aansprakelijkheid wordt verkregen. Andersom ligt voor de hand om te vermoeden dat het in het toerekeningsvereiste gaat om een beoordeling van de causale keten tussen de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis en de schade. Op deze manier kan gemakkelijk eraan voorbij worden gezien dat bij de schadetoerekening veelal beslissend is of de schade zoals geleden kan gelden als schade waartegen met de geschonden norm beoogd is te beschermen.

Dogmatische verwarring bij buitencontractuele aansprakelijkheid

173. Omdat in zowel het relativiteitsvereiste als het toerekeningsvereiste op grond van de met de geschonden norm beoogde bescherming en andere omstandigheden tot een redelijke begrenzing van aansprakelijkheid dient te worden gekomen, ontstaat de onbevredigende situatie dat niet goed valt te zeggen wat een relativiteitskwestie en wat een toerekeningskwestie is. Dit probleem wordt sterker naarmate meer inzicht ontstaat in de regels van ongeschreven recht die de schadetoerekening beheersen. In een meer rudimentair stadium van de rechtsontwikkeling lijkt het bij de schadetoerekening wellicht vooral te gaan om het van geval tot geval bereiken van een billijke uitkomst. Wanneer zich echter regels over de schadetoerekening gaan aftekenen en die regels van ongeschreven toerekeningsrecht worden geformuleerd, kan men ook zeggen dat de strekking van de geschonden norm door deze regels wordt beheerst. Relativiteit en schadetoerekening laten zich dan niet meer goed uit elkaar houden. In hoofdstuk 11 zal ik bijvoorbeeld betogen dat als door een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis schade wordt veroorzaakt zonder dat deze gebeurtenis het risico op deze schade heeft vergroot, de laedens voor die schade niet aansprakelijk is. Is dat een kwestie van relativiteit – omdat normen nu eenmaal niet strekken tot bescherming tegen de verwezenlijking van een niet door de normschending vergroot risico – of van toerekening – omdat het niet redelijk zou zijn om de verwezenlijking van zo'n risico voor rekening van de laedens te brengen?¹²⁶ Diezelfde onduidelijkheid doet zich ook voor bij de grenzen aan aansprakelijkheid die ik in hoofdstuk 8 t/m 10 bespreek, bij de in hoofdstuk 13 en 14 te behandelen nadere grenzen aan aansprakelijkheid en bij het in hoofdstuk 15 te behandelen probleem van verplaatste schade.

174. Bovendien ontstaat door het onderscheid tussen het relativiteitsvereiste en het toerekeningsvereiste een verkeerd beeld van de wijze waarop diverse begrenzingsleerstukken zich tot elkaar verhouden. De leerstukken van de zich in *pari delicto* bevindende gelaedeerde en van schade in een niet-rechtmatig belang

125 Verheij 2014, p. 98.

126 De Duitse doctrine worstelt hier ook mee: is de *Adäquantheorie* nu een uitwerking van de *Schutznormlehre*, of staan beide leren naast elkaar? Zie bijvoorbeeld Looschelders 2013, p. 325.

enerzijds en bijvoorbeeld het leerstuk van de eigen schuld van de gelaedeerde anderzijds, lijken in zekere zin uit verschillende werelden afkomstig: in de eerste twee leerstukken volgt de begrenzing van aansprakelijkheid uit de strekking van de geschonden norm, terwijl het laatste leerstuk een in afdeling 6.1.10 BW geregelde toerekeningskwesitie is. In alle drie de gevallen gaat het echter om algemene grenzen aan aansprakelijkheid die niet uit een gebleken met de geschonden norm beoogde bescherming voortvloeien. De problematiek van de in *pari delicto* verkerende gelaedeerde loopt zelfs vloeiend over in het leerstuk van eigen schuld.¹²⁷

In een situatie waarin een normschending van de gelaedeerde tot een normschending van de laedens leidt, met als gevolg dat gelaedeerde schade lijdt, kan de laedens zowel betogen dat de gelaedeerde *in pari delicto* verkeert¹²⁸ als dat de gelaedeerde eigen schuld heeft.¹²⁹ Evenzo, waar laedens en gelaedeerde dezelfde norm schenden, en zowel het door de laedens als de gelaedeerde schenden van de norm aan de schade van de gelaedeerde bijdraagt, kan de laedens betogen dat de gelaedeerde *in pari delicto* verkeert¹³⁰ maar ook dat hij eigen schuld heeft aan de schade.¹³¹ Welk verweer slaagt, hangt mijns inziens in beide gevallen ervan af welke uitkomst redelijk is.

Dat deze leerstukken in elkaar overlopen, laat zich beter begrijpen waar men hen niet plaatst aan de verschillende zijden van de dichotome onderscheiding tussen relativiteit en de in afdeling 6.1.10 BW geregelde grenzen aan de verplichting tot schadevergoeding, maar hen beschouwt als op de redelijkheid gebaseerde algemene grenzen aan aansprakelijkheid.¹³²

175. Door niet te denken in termen van dit dichotome onderscheid wordt ook beter begrijpelijk waarom de Hoge Raad de problematiek van de doorkruising van het publiekrecht de ene keer kan inbedden in het relativiteitsvereiste en de andere keer in het toerekeningsvereiste en waarom in de literatuur wordt aangenomen dat de aanspraak op vergoeding van schade in een niet-rechtmatig belang door middel van zowel het relativiteitsvereiste als het toerekeningsvereiste kan worden afgesneden.

De dogmatiek van de wet bemoedigt op deze manier om gelijke gevallen bij elkaar te groeperen en belemmert zo ons inzicht in het recht. Door de dichotome onderscheiding is bijvoorbeeld de begrenzing van aansprakelijkheid in *Intertrust/Ontvanger*,¹³³ waarin de Hoge Raad art. 6:98 BW gebruikte om een doorkruising van het publiekrecht te voorkomen, niet in verband gebracht met andere uitspraken waarin de Hoge Raad een dergelijke begrenzing onderbracht in het relativiteitsvereiste of de inbedding in de wetsdogmatiek in het midden liet.¹³⁴

127 Zie hierover ook Lankhorst 1992a, p. 174 e.v.; Roos 1992, p. 65 e.v.; en Tjong Tjin Tai 2007b, p. 73.

128 Zie § 3.3.2.

129 Zie bijvoorbeeld HR 7 december 1990, *NJ* 1991/474 m.nt. E.A.A. Luijten (*SHV/Nauta*) en HR 31 maart 1995, *NJ* 1997/592 m.nt. C.J.H. Brunner (*Taams/Boudeling*).

130 Zie § 3.3.2.

131 Te denken valt aan de casus van HR 15 december 1950, *NJ* 1951/492 m.nt. P.A.N. Houwing (*Wessanen/Mercurius*).

132 De problematiek van de *in pari delicto* verkerende gelaedeerde loopt overigens weer vloeiend over in schade in een niet-rechtmatig belang, zoals bijvoorbeeld HR 4 januari 1963, *NJ* 1964/434 m.nt. G.J. Scholten (*Scholten/Scholten's Aardappelmeeelfabriek*) laat zien.

133 HR 8 juli 2011, *NJ* 2011/477 m.nt. J.W. Zwemmer (*Intertrust/Ontvanger*).

134 Zie nader § 13.2.2.

Onmogelijkheid uniforme dogmatiek voor begrenzing buitencontractuele en contractuele aansprakelijkheid

176. De hiervoor besproken problemen vloeiden voort uit het in het geval van buitencontractuele aansprakelijkheid tegelijkertijd stellen van het relativiteitsvereiste en het toerekeningsvereiste. Een ander probleem ontstaat doordat de wet voor het bestaan en de omvang van de schadevergoedingsremedie geen uniforme regeling voor de verschillende aansprakelijkheidsgrondslagen geeft: in het geval van buitencontractuele aansprakelijkheid stelt de wet het relativiteitsvereiste en het toerekeningsvereiste, in het geval van de niet-nakoming van een verbintenis geldt dat alleen de schuldeiser aanspraak heeft op schadevergoeding en stelt de wet verder alleen het toerekeningsvereiste.

177. In de eerste plaats leidt dit tot verdere dogmatische verwarring. Geaccepteerd is om in het geval van aansprakelijkheid vanwege tekortschieten in de nakoming van een verbintenis schade niet-toerekenbaar te achten indien de geschonden norm niet strekt tot bescherming tegen de schade zoals geleden.¹³⁵ Op deze manier ontstaat de dogmatisch merkwaardige situatie dat indien ten gevolge van wanprestatie schade ontstaat waartegen met de geschonden norm niet beoogd is te beschermen, men zegt dat die schade niet toerekenbaar is, terwijl wanneer dergelijke schade ontstaat ten gevolge van een onrechtmatige daad men zegt dat het gaat om een relativiteitskwesitie, en deze kwesitie voorafgaat aan de vraag welke schade kan worden toegerekend. Op deze manier ontstaat onduidelijkheid over wat het toerekeningsvereiste inhoudt: valt daaronder ook het begrenzen van aansprakelijkheid op grond van de met een geschonden norm beoogde bescherming? Als men die vraag voor contractuele aansprakelijkheid positief beantwoordt, waarom zou dan bij buitencontractuele aansprakelijkheid het antwoord anders moeten luiden? Ook komt men voor de vraag te staan of het toerekeningsvereiste in het geval van buitencontractuele aansprakelijkheid een andere betekenis heeft dan in het geval van contractuele aansprakelijkheid.

178. Het door de wet neerleggen van een niet-uniforme regeling in het geval van buitencontractuele en contractuele aansprakelijkheid maakt ook dat aan het zicht onttrokken wordt dat zich bij buitencontractuele en contractuele aansprakelijkheid enkele gelijksoortige problemen van begrenzing van aansprakelijkheid voordoen. In de eerste plaats gaat het hier om het probleem dat met een norm wel beoogd kan zijn om de gelaedeerde te beschermen tegen de schade zoals geleden, maar niet bedoeld is de gelaedeerde aanspraak op schadevergoeding te geven. In hoofdstuk 5 zal ik dit probleem, dat zich zowel bij buitencontractuele als contractuele normen voortdoet, behandelen. In de tweede plaats – en belangrijker – wordt door de verbroekeling van de dogmatiek ook aan het zicht onttrokken dat de figuur van verplaatste schade bij zowel buitencontractuele als contractuele aansprakelijkheid een rol speelt. In hoofdstuk 15 zal ik de problematiek van verplaatste schade behandelen. Door dezelfde problemen niet in verschillende sleutels te zetten maar langs dezelfde lijnen te benaderen, ontstaat beter inzicht in het recht.

135 Asser/Sieburgh 6-II 2017, nr. 70.

3.5.3 *Onderscheid nodig vanwege uiteenlopende rechtsgevolgen?*

179. Het relativiteitsvereiste en het toerekeningsvereiste zoals in de wet neergelegd zijn van belang voor deels andere rechtsgevolgen. De rechtsgevolgen overlappen elkaar waar het gaat om de regulering van de aanspraak op schadevergoeding in het geval van buitencontractuele aansprakelijkheid. Het relativiteitsvereiste is echter naar algemeen wordt aangenomen ook van belang voor andere vorderingen die op een onrechtmatige daad gebaseerd kunnen worden, onder meer de verklaring voor recht, het verbod en bevel.¹³⁶ Het toerekeningsvereiste heeft hier op het eerste gezicht geen rol. Het toerekeningsvereiste is – andersom – ook van belang voor de aanspraak op schadevergoeding wegens tekortschieten in de nakoming van een verbintenis en, meer in het algemeen, voor alle wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding. Het relativiteitsvereiste zoals neergelegd in art. 6:162 en 6:163 BW heeft hier naar het schijnt geen rol.

Het relativiteitsvereiste lijkt op het eerste gezicht dus nodig te zijn voor andere vorderingen die op een onrechtmatige daad kunnen worden gegrond; het schadetoerekeningsvereiste lijkt nodig te zijn voor de begrenzing van aansprakelijkheid bij wanprestatie. Deze dogmatische structuur van de wet behoeft er mijns inziens niet aan in de weg te staan om in de doctrine en jurisprudentie op dit stuk slechts één vereiste te hanteren.¹³⁷ Het onderscheid tussen relativiteit en toerekening is naar mijn mening vooral een kwestie van terminologie. Van regels over de toerekenbaarheid van schade kan men ook zeggen dat diezelfde regels het beschermingsbereik van de geschonden norm bepalen. Andersom kan men zeggen dat regels over het beschermingsbereik van de geschonden norm bepalen welke schade al dan niet toerekenbaar is. Wanneer in de doctrinaire behandeling van de begrenzingsmaterie en in de beoordeling van de grenzen aan aansprakelijkheid in concrete geschillen, één perspectief wordt gekozen om aan de hand van hetgeen met de geschonden norm is beoogd en andere omstandigheden te beoordelen hoever aansprakelijkheid redelijkerwijs dient te reiken, kan men de daarbij gevonden uitkomst vervolgens zowel uitdrukken in termen van de strekking van de geschonden norm als in termen van toerekenbaarheid van schade. Om deze reden is het geen probleem om in de doctrine niet de wettelijke dogmatiek te volgen.

3.5.4 *Slotsom*

180. Mijn conclusie is dat het de voorkeur verdient om in de doctrine niet, zoals de wet doet, zowel het relativiteitsvereiste als het toerekeningsvereiste te hanteren. In beide vereisten wordt uiteindelijk aan de hand van dezelfde maatstaf op grond van dezelfde omstandigheden geoordeeld. Aan het hanteren van beide vereisten op de wijze zoals de wet doet, zijn belangrijke nadelen verbonden. Niet nodig is om in de doctrine deze beide vereisten te hanteren in verband met de verschillende aan deze vereisten door de wet gekoppelde rechtsgevolgen.

136 Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015, nr. 132. Voor deze vorderingen gaat het om het jegensvereiste zoals neergelegd in art. 3:296 BW.

137 Vgl. Jansen 2015, p. 74 e.v. die schrijft hoe 19^e-eeuwse auteurs, en in het bijzonder Diephuis, in hun handboeken over het burgerlijk recht de structuur van de wet, waar zij die ongelukkig achtten, niet meer volgden om tot een overzichtelijker behandeling van de materie te kunnen komen.

3.6 De in dit boek gekozen benadering

181. Als het dan, zoals in het voorgaande betoogd, ongelukkig is om in de doctrine de wet te volgen in het maken van onderscheid tussen het relativiteitsvereiste en het toerekeningsvereiste, dan dient gekozen te worden voor een andere benadering. Naar ik meen, is vooral van belang om de materie voor de verschillende schadevergoedingsgrondslagen vanuit één perspectief te bezien en de verschillende leerstukdoorkruisende problemen vanuit één perspectief te kunnen ordenen. In dit boek heb ik in essentie de terminologie van het relativiteitsvereiste en het toerekeningsvereiste vermeden en in plaats daarvan de focus gelegd op het onderscheiden van de verschillende binnen deze vereisten bestaande deelproblemen van begrenzing van aansprakelijkheid. In de verschillende hoofdstukken benoem ik steeds hoe het te behandelen deelprobleem zich tot de beide vereisten verhouden. Om tot een uniform systeem voor contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid te komen, heb ik deze benadering ook de contractuele relativiteit laten omvatten.

182. In hoofdlijnen onderscheid ik de volgende problemen. In deel II en hoofdstuk 5 bespreek ik de voorvraag of voor de gelaedeerde – wat er ook zij van de met de geschonden norm beoogde bescherming – de nakomings- en schadevergoedingsremedie aan de geschonden norm zijn gekoppeld. In deel III behandel ik het probleem dat centraal staat in zowel het relativiteitsvereiste als het toerekeningsvereiste: het benodigde normatieve verband tussen de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis en de schade. Als dit normatieve verband aanwezig is, dan is in beginsel zowel aan het relativiteitsvereiste, voor zover dat geldt, als aan het toerekeningsvereiste voldaan. Ontbreekt dit verband, dan is niet aan het relativiteitsvereiste en/of het toerekeningsvereiste voldaan. In deel IV bespreek ik nadere grenzen aan aansprakelijkheid die doorgaans in het relativiteitsvereiste of in het toerekeningsvereiste worden ondergebracht in het geval van een doorkruising van een andere (verhaals)regeling en bij bijzondere omstandigheden aan de zijde van de gelaedeerde, zoals de *in pari delicto* verkerende gelaedeerde en schade in een niet-rechtmatig belang. Tot slot behandel ik in deel V een tweetal bijzondere redenen die tot een verruiming van aansprakelijkheid kunnen leiden: de verplaatsing van schade naar een derde en opzet of bewuste roekeloosheid aan de zijde van de laedens.

3.7 Samenvatting

183. Sinds dat men eind jaren twintig van de vorige eeuw bij buitencontractuele aansprakelijkheid is gaan werken met het relativiteitsvereiste en het toerekeningsvereiste (of de ‘juridische causaliteit’) hebben beide vereisten een belangrijke evolutie ondergaan. Aanvankelijk hadden deze vereisten een duidelijk verschillende inhoud, maar geleidelijk zijn zij op elkaars terrein gekomen. Tegenwoordig kan, enerzijds, de wijze waarop de schade is ontstaan maken dat niet aan het relativiteitsvereiste is voldaan, terwijl, anderzijds, bij het beantwoorden van de vraag of de schade kan worden toegerekend, alle omstandigheden van het geval dienen te worden betrokken, in het bijzonder de met de norm beoogde

bescherming. Bovendien lijkt de Hoge Raad het relativiteitsvereiste gepromoveerd te hebben tot een positief vereiste waaraan voldaan dient te zijn om op grond van onrechtmatige daad aanspraak op schadevergoeding te kunnen maken. De vraag rees aldus hoe het onderscheid tussen het relativiteitsvereiste en het toerekeningsvereiste tegenwoordig geduid en gewaardeerd dient te worden (§ 3.1).

Vanaf het einde van de Tweede Wereldoorlog hebben achtereenvolgens Van Brakel, Köster, Lankhorst, Schoordijk, Van Dunné en Verheij bepleit dat het relativiteitsvereiste en het toerekeningsvereiste (of de 'juridische causaliteit') beter samengevoegd kunnen worden. Andere auteurs, met name Bloembergen en Hartkamp en Sieburgh hebben verdedigd dat het maken van onderscheid het recht juist overzichtelijk maakt (§ 3.2). Om tot een conclusie over het onderscheid tussen het relativiteitsvereiste en het toerekeningsvereiste te kunnen komen, heb ik nader geanalyseerd wat in werkelijkheid bij toepassing van deze vereisten gebeurt. In de relativiteitsleer is de strekking van de geschonden norm op grond van de wet beslissend voor de begrenzing van aansprakelijkheid. In diverse, uiteenlopende gevallen bleek het relativiteitsvereiste te worden gebruikt om redelijk geachte grenzen aan aansprakelijkheid tot uitdrukking te brengen. Dit gebeurde in de *in-pari-delicto*-gevallen, bij schade in een niet-rechtmatig belang, bij publiekrechtelijke normen die niet privaatrechtelijk gesanctioneerd zijn, bij de doorkruising van een publiekrechtelijke regeling, bij de doorkruising van de vennootschapsrechtelijke rechtsorde en bij de doorkruising van de verzekeringsrechtelijke subrogatiebepaling. Soms was in het stelsel van de wet noodzakelijk om de strekking van een geschonden norm te bepalen aan de hand van andere omstandigheden dan de met die norm beoogde bescherming. Dit was het geval wanneer de schending van een wettelijke norm tot schade van een secundair gelaedeerde leidde. Hier stelt de wet, in de interpretatie van de Hoge Raad, wel als voorwaarde voor aansprakelijkheid dat jegens die secundair gelaedeerde onrechtmatig is gehandeld, maar uit de met de geschonden norm beoogde bescherming volgde hieromtrent veelal niets. Aan de hand van andere omstandigheden wordt aan de geschonden norm dan een strekking gegeven. Ook gebeurde dit in gevallen waarin het begrenzen van aansprakelijkheid aan de hand van de met de norm beoogde bescherming tot onredelijke resultaten leidde en de strekking daarom ruimer werd uitgelegd dan de beoogde bescherming. Voor de strekking van de geschonden norm bleek beslissend te zijn of met die strekking een redelijke begrenzing van aansprakelijkheid werd verkregen (§ 3.3). Andersom bleek in het toerekeningsvereiste de met de norm beoogde bescherming een wezenlijke rol te spelen: volgens een bestendige lijn in de jurisprudentie van de Hoge Raad bleek schade te kunnen worden toegerekend waar met de geschonden norm tegen de schade zoals geleden beoogd is te beschermen (§ 3.4).

Op basis van deze analyse kwam ik tot de conclusie dat het bij de toetsing aan zowel het relativiteitsvereiste als het toerekeningsvereiste aankomt op de met de geschonden norm beoogde bescherming en andere omstandigheden en dat zowel voor de strekking van de geschonden norm als voor de toerekenbaarheid van schade beslissend is of een redelijke begrenzing van aansprakelijkheid wordt verkregen. Tussen de beide vereisten liet zich geen consistent onderscheid maken. Waar de wet toch onderscheid maakt, is dat ongelukkig: het leidt tot doublures in de beoordeling, onjuiste suggesties over de inhoud van de beide

vereisten, dogmatische verwarring en de onmogelijkheid van uniforme dogmatiek bij de begrenzing in het geval van buitencontractuele en contractuele aansprakelijkheid. Het maken van onderscheid is, ook als men andere op onrechtmatige daad te baseren vorderingen in aanmerking neemt, niet nodig. Hoewel de wet het onderscheid maakt, is het beter daarmee in de doctrine en jurisprudentie niet langer te werken (§ 3.5).

Het maakt praktisch weinig verschil of men aansprakelijkheid begrenst vanuit het paradigma van de strekking van de geschonden norm of vanuit het paradigma van de schadetoerekening; belangrijker is dat één perspectief wordt gehanteerd. Ik zal in de delen II t/m V de verschillende leerstukdoorkruisende problemen van de reikwijdte van aansprakelijkheid onderscheiden en doorgaans niet specifiek benoemen of de door mij voorgestane reikwijdte van aansprakelijkheid dient te worden bereikt door middel van het relativiteitsvereiste of het toerekeningsvereiste (§ 3.6).

4.1 Inleiding

184. Als derde en laatste onderwerp van deze verkennende en voorbereidende beschouwingen behandel ik de heersende opvattingen over schadetoerekening. In de vorige eeuw heeft men geworsteld met de wijze waarop getoetst diende te worden of tussen een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis en de daardoor veroorzaakte schade ook het vereiste ‘juridisch causale verband’ aanwezig is, en later met de vraag of deze schade kan worden toegerekend. Nadat in de vorige eeuw verschillende scherpere criteria onbevredigend waren gebleken, werd uiteindelijk teruggevallen op het meest open criterium denkbaar: de redelijkheid.

Tot begin twintigste eeuw gold voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad de voorwaarde dat de veroorzaakte schade een ‘rechtstreeks gevolg’ van de onrechtmatige daad was. De aansprakelijkheid vanwege wanprestatie werd begrensd door de regeling van art. 1283 en 1284 (oud) BW.¹ Omdat deze regels tot een willekeurige en te sterke begrenzing van aansprakelijkheid leidden, ging de Hoge Raad vanaf eind jaren twintig voor buitencontractuele en contractuele aansprakelijkheid het criterium hanteren of de veroorzaakte schade als het ‘redelijkerwijze te verwachten gevolg’ van de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis kon gelden.² Geleidelijk begon men echter in te zien dat van allerlei andere omstandigheden van het geval afhing of aan dit criterium was voldaan.³ Het driemanschapsonwerp implementeerde dit inzicht in een toets van waarschijnlijkheid/voorzienbaarheid van de schade waarin de rechter naar eigen inzicht kon bepalen welke graad van waarschijnlijkheid in de voorliggende situatie voldoende was.⁴ Kort na de publicatie van het driemanschapsonwerp betoogde Köster dat zowel de relativiteitsleer als de leer van de adequate veroorzaking een toverformule aanreikte, beide leren dezelfde vraag betroffen en het beter was om de rechter vrij te laten in het begrenzen van aansprakelijkheid voor de door een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis veroorzaakte schade aan de hand van een algemene redelijkheidsregel die paste bij de aard van de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust en de aard van de schade.⁵ De Hoge Raad ging in 1970 vervolgens in *Waterwingebied Leeuwarden* opnieuw om en verzette voor de tweede keer in de twintigste eeuw de bakens op het gebied van de schadetoerekening: vanaf dit arrest paste hij in plaats van de leer van de adequate veroor-

1 Zie § 2.2.3.

2 Zie § 2.3.2.

3 Zie § 2.7.1.

4 Zie § 2.6.3.

5 Zie § 2.7.2.

zaking de leer van de redelijke toerekening toe.⁶ Het gewijzigd ontwerp uit 1976 volgde, in navolging van de Hoge Raad, Kösters voorstel gedeeltelijk: de relativiteitsbepaling bleef behouden, maar de waarschijnlijkheidstoets werd vervangen door een goeddeels aan Köster ontleende formule waarin aan de hand van de aard van de aansprakelijkheid en de aard van de schade, en andere factoren, beoordeeld diende te worden of de veroorzaakte schade aan de laedens kan worden toegerekend.⁷

Het omgaan van de Hoge Raad in *Waterwingebied Leeuwarden*⁸ en het voor de schadetoerekening beslissend maken van de redelijkheid, bracht klemmend de vraag naar voren onder welke omstandigheden het redelijk is om de veroorzaakte schade toe te rekenen. Op die vraag had Köster geen antwoord gegeven. Het gewijzigd ontwerp noemde de aan Köster ontleende oriëntatiepunten, de aard van de aansprakelijkheid en de aard van de schade, maar hield verder geen duidelijke toerekeningsregels in.

In het juridisch vacuüm dat zo ontstond, presenteerde Brunner in *Verkeersrecht* in 1981,⁹ ongeveer tien jaar na het omgaan van de Hoge Raad, zijn deelregelbenadering. In deze benadering werden bij de beoordeling van de toerekenbaarheid van de veroorzaakte schade diverse factoren betrokken: de waarschijnlijkheid van de schade, de verwijderdheid van de schade, het doel van de geschonden norm, de mate van schuld van de laedens, de aard van de activiteit, de aard van de schade en de draagkracht van de laedens en van de gelaedeerde. Elke factor leidde tot een deeloordel dat ‘meer’ of ‘minder’ kan worden toegerekend. Afweging van die deeloordelen moest leiden tot een antwoord op de vraag in hoeverre de veroorzaakte schade toerekenbaar is. De benadering vormde een mengsel van al eerder in de twintigste eeuw bestaande opvattingen over relevante omstandigheden (waarschijnlijkheid en verwijderdheid) en een eigen interpretatie van Brunner van de door de wet genoemde factoren (de aard van de aansprakelijkheid en de aard van de schade).

In de literatuur heeft deze – flexibele en op het eerste gezicht zeker niet on aantrekkelijke – deelregelbenadering een grote vlucht genomen. Hoewel Brunner deze benadering had bedoeld als tussenstation op weg naar het eindstation waarin voor verschillende categorieën gevallen duidelijke toerekeningsregels zijn gegeven, wordt in literatuur vrij algemeen instemmend op deze benadering gewezen als de methode om te bepalen of veroorzaakte schade aan de laedens kan worden toegerekend in de zin van art. 6:98 BW. In het bijzonder worden de in de deelregelbenadering gelegde verbanden tussen bepaalde factoren en de toerekenbaarheid van schade doorgaans onderschreven.¹⁰ Inmiddels – bijna vier decennia na Brunners publicatie – laat zich de vraag stellen hoe de deelregelmetho-

6 Zie § 2.7.4.

7 Zie § 2.8.2.

8 HR 20 maart 1970, NJ 1970/251 m.nt. G.J. Scholten (*Waterwingebied Leeuwarden*).

9 Brunner 1981a, p. 210 t/m 217 en 233 t/m 236.

10 Asser/Sieburgh 6-II 2017, nr. 64 e.v.; Hijma & Olthof 2017, nr. 397; Klaassen 2017, nr. 33 e.v.; Hartlief e.a. (Hartlief) 2018, nr. 218 brengt de deelregels naar voren vanwege de ‘bekendheid die zij in de literatuur genieten’; Brunners deelregels worden ook nogal eens naar voren gebracht om inspiratie uit te putten voor de toerekening van veroorzaakte gevolgen buiten het civiele aansprakelijkheidsrecht: Dijkshoorn 2011a, p. 66 t/, 78 bij het planschaderecht; Di Bella 2014, p. 78 t/m 82 bij bestuursrechtelijke besluitenansprakelijkheid van de overheid; en Wijens 2011, p. 69 t/m 76 bij strafrechtelijke aansprakelijkheid. Boonekamp geeft in *GS Schadevergoeding*, art. 6:98 BW, aant. 4.3 een overzicht van relevante factoren, zonder dit als toepassing van Brunners benadering te presenteren.

de als geheel, de daarin gelegde verbanden en het daarin hanteren van bepaalde factoren gewaardeerd moet worden.

185. In het navolgende vang ik aan met een nadere verkenning van de deelregelbenadering. Ik ga daarbij in op de achtergrond en de werking van de methode, bespreek in het algemeen haar verhouding tot de rechtspraak en de literatuur en laat zien dat de toepassing van deze methode zelfs eenvoudig te beantwoorden toerekeningsvragen vrijwel onoplosbaar kan maken (§ 4.2). De diverse deelregels behandel ik hierna. Voor elke deelregel bespreek ik of daarvoor in de jurisprudentie van de Hoge Raad steun bestaat, of het in de deelregel gelegde verband tussen een bepaalde factor en de toerekenbaarheid van schade aanwezig is en of de in de deelregel gebruikte factor betekenis heeft voor de schadetoerekening (§ 4.3 t/m 4.7). Ik sluit af met een samenvatting (§ 4.8).

4.2 Nadere verkenning van de deelregelbenadering

4.2.1 *Achtergrond en Brunners methode bij het opstellen van de deelregels*

186. Köster had vooral een fundament gelegd voor een systeem van toerekeningsregels. Afgezien van een heel voorzichtige aanzet tot het categoriseren van gevallen met bijbehorende algemene redelijkheidregels, had hij die toerekeningsregels zelf niet gegeven.¹¹ Brunner onderschreef de opvatting van Köster dat redelijke toerekening niet betekent dat de rechter van geval tot geval tot een billijk toerekeningsoordeel komt, maar, integendeel, de formule van de redelijke toerekening

“(...) aan rechtspraak en wetenschap ‘een reële mogelijkheid geeft de schadegevallen en schadecategorieën in te delen in categorieën waartussen kan worden gedifferentieerd door het ontwerpen van aan iedere categorie aangepaste regels’”.¹²

Volgens Brunner was het nodig voor verschillende soorten gevallen regels te ontwikkelen zodat houvast verkregen wordt en betere uitkomsten worden bereikt:

*“De bevrijding van de causaliteitsvragen uit het dwangbuis van de adequate veroorzaking, heeft alleen goede zin, indien het criterium van de adequate veroorzaking niet vervangen wordt door een nog veel vager criterium dat alles aan het billijkheidsoordeel van de rechter overlaat, maar door de ontwikkeling van een aantal regels voor verschillende soorten van gevallen meer houvast en betere uitkomsten geeft.”*¹³

187. Brunner beoogde aldus te beginnen, waar Köster was opgehouden. Brunner richtte zich daarbij in de eerste plaats op de rechtspraak van de Hoge Raad. Naar zijn mening had de Hoge Raad sinds *Waterwingebied Leeuwarden* “geheel in lijn

11 Zie § 2.7.2.

12 Brunner 1981a, p. 212.

13 Brunner 1981a, p. 212.

met het programma van Köster (...) deelregels voor (...) toerekening (...) opgesteld.”¹⁴ Deze regels waren volgens Brunner “van heel algemene aard” en betroffen “de factoren die bij de toerekening een rol spelen en het gewicht dat aan die factoren moet worden toegekend.”¹⁵ Deze volgens Brunner door de Hoge Raad gegeven regels luiden:¹⁶

1. Naarmate het gevolg naar ervaringsregels waarschijnlijker is, is toerekening eerder gerechtvaardigd. Omgekeerd is toerekening minder aanvaardbaar naarmate het gevolg uitzonderlijker, abnormaler, minder waarschijnlijk is.
2. Naarmate het schadelijk gevolg minder verwijderd is van de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust, is toerekening eerder gerechtvaardigd.
3. De aard der aansprakelijkheid kan meebrengen dat schade ruim dan wel beperkt moet worden toegerekend.
 - a) Voor iedere beschermingsnorm kan en moet worden vastgesteld of het doel waarmee zij in het leven is geroepen toerekening van de in concreto gevorderde schade rechtvaardigt.
 - b) Verkeers- en veiligheidsnormen die met het oog op de voorkoming van ongevallen zijn opgesteld, rechtvaardigen een ruime toerekening van dood- en letselschade.
 - c) Aansprakelijkheid zonder schuld geeft in beginsel aanleiding tot een beperkte toerekening van schade; naarmate de schuld aan het schadeveroorzakend gebeuren zwaarder is, is ruimere toerekening van schade meer gerechtvaardigd.
4. Schade door dood of verwonding wordt eerder toegerekend dan zaakschade, zaakschade eerder dan schade die bestaat in extra kosten en uitgaven, en schade door vermogensverlies eerder dan de derving van winst.

Bij het opstellen van deze deelregels plaatste Brunner – anders dan Köster voor ogen had gestaan¹⁷ – de in de twintigste eeuw voor de juridische causaliteit of schadetoerekening gebruikte omstandigheden waarschijnlijkheid en verwijderdheid voorop.¹⁸ Köster had bij de schadetoerekening uit willen gaan van de oriëntatiepunten ‘de aard van de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust’ en de ‘aard van de schade’. Verder dreef Brunner bij het geven van deze deelregels

14 Brunner 1981a, p. 213.

15 Brunner 1981a, p. 213.

16 Brunner 1981a, p. 213 t/m 216.

17 Zie § 2.7.2.

18 Te bedenken valt hierbij dat nadat *Waterwingebied Leeuwarden* was gewezen, bepaald niet dadelijk algemeen werd aanvaard dat de Hoge Raad was omgegaan. Rutten bleef in zijn gezaghebbende bewerkingen van de Asser-delen over het verbintenisrecht nog geruime tijd volhouden dat de leer van de adequate veroorzaking de heersende leer was. Nog in 1975 schreef hij dat de Hoge Raad sinds 1927 ‘onafgebroken’ de leer van de adequate veroorzaking heeft toegepast en ook in de jongste arresten van de Hoge Raad die leer was toegepast (Asser/Rutten 4-III 1975, p. 95 e.v.; vgl. Asser/Rutten 4-I 1973, p. 204 e.v.). Ook Schut noemde in 1975 “voorbarig” de conclusie te trekken dat de Hoge Raad Kösters leer was gaan toepassen (Schut 1975, p. 817). Eerst in 1978 ging ook Rutten om en erkende hij dat de leer van de adequate veroorzaking “van zijn dominerende plaats is verdrongen” (Asser/Rutten 4-I 1978, p. 198 e.v.). Van Schellen 1979, p. 333 e.v. heeft hier terecht op gewezen. Waar in, naar het lijkt, het meest gezaghebbende Nederlandse handboek over het verbintenisrecht in 1975 de leer van de adequate veroorzaking als heersend wordt aangewezen en daarin eerst in 1978 verandering komt, kan het niet verbazen dat Brunner bij de bestudering van de rechtspraak uit de periode 1970 tot 1980 in de verschillende uitspraken de waarschijnlijkheid of de voorzienbaarheid van de schade als relevant gegeven voor de toerekening van de schade aantreft. Temeer niet omdat de rechtspraak na ruim veertig jaar geheel ingesteld zal zijn geweest op de leer van de adequate veroorzaking.

behoorlijk af van zijn pretentie dat hij de door de Hoge Raad opgestelde deelregels weergeeft.

Het in deze deelregels, naar het lijkt, door Brunner aanwezig geachte continuüm (bijvoorbeeld: “naar mate de schuld aan het schadeveroorzakend gebeuren zwaarder is, is ruimere toerekening van schade meer gerechtvaardigd”) wordt in geen van de door Brunner genoemde arresten van de Hoge Raad met zoveel woorden naar voren gebracht. Uit de onderbouwing van de verschillende deelregels blijkt verder, dat onderdelen ervan niet of nauwelijks zijn gebaseerd op jurisprudentie van de Hoge Raad. De regel dat in het geval van een onrechtmatige daad of een wanprestatie waaraan geringe of geen schuld bestaat, in beginsel aanleiding tot beperkte toerekening bestaat, baseerde Brunner op *Amercentrale*.¹⁹ In dat arrest oordeelde de Hoge Raad over toerekening bij de kwalitatieve aansprakelijkheid van art. 1405 (oud) BW van een eigenaar van een bouwwerk. De Hoge Raad oordeelde daarbij uitdrukkelijk dat voor deze aansprakelijkheid andere regels gelden dan bij art. 1401 (oud) BW. Hierom is de vraag welke basis het arrest biedt aan een regel van schadetoerekening in het geval van aansprakelijkheid vanwege een onrechtmatige daad of vanwege een wanprestatie. De door Brunner gegeven regel dat schade door dood of verwonding eerder wordt toegerekend dan zaakschade, wordt niet met jurisprudentie onderbouwd en hetzelfde geldt voor de regel dat gemaakte kosten minder snel dan zaakschade toerekenbaar zijn en gedeelde winst vervolgens nog lastiger valt toe te rekenen. Brunner onderbouwd de deelregels, in weerwil van zijn opmerking dat zij van de Hoge Raad afkomstig zijn, op onderdelen vooral aan de hand van wetsbepalingen,²⁰ opvattingen van andere auteurs en summier rechtsvergelijkende gegevens.

188. Nadat Brunner deze deelregels had geformuleerd, bepleitte hij om voor de beoordeling van toerekenbaarheid van schade een multifactorbenadering te hanteren die “leidt tot meer-minder oordelen voor ieder van de relevante factoren.”²¹ Afweging van deze deeloordelen moest leiden tot een slotsom over de toerekenbaarheid van de schade. Brunner stelde het volgende schema op waarmee voor iedere relevante factor zo’n meer-minderoordeel kon worden verkregen:²²

| | + | plm. | - |
|----------------------|--|---------------------|---|
| I waarschijnlijkheid | gevolg is normaal, karakteristiek, typisch, niet uitzonderlijk, voor de hand liggend | | gevolg is abnormaal, niet karakteristiek, atypisch, uitzonderlijk, buiten de lijn der normale verwachtingen |
| II verwijderdheid | onmiddellijk, direct, dadelijk gevolg | niet ver verwijderd | ver verwijderd, indirect gevolg |

19 HR 13 juni 1975, *NJ* 1975/509 m.nt. G.J. Scholten (*Amercentrale*).

20 Onder meer: art. 1283 en 1284 (oud) BW, 1407 (oud) BW, 740c en 740d (oud) WvK.

21 Brunner 1981a, p. 233.

22 Brunner 1981a, p. 234.

| | | | |
|----------------------------|---|--|--|
| III aard aansprakelijkheid | | | |
| a. strekking norm | verkeers- en veiligheidsnormen ter bescherming van leven en gezondheid (bijv. Arbeidswet, Veiligheidswet, Stuwadoorswet, Stroomwet, Wegenverkeerswet, Wet Gevaarlijke Werktuigen, Wet Gevaarlijke Stoffen, Kenenergiewet) | strekt norm mede ter voorkoming van zaakschade? | strekt norm mede ter voorkoming van zuivere vermogensschade en van immateriële schade? |
| b. schuldgraad | schade is opzettelijk toegebracht | schade is aan schuld te wijten | aansprakelijkheid is niet op schuld maar op risico gegrond |
| c. aard activiteit | schade is veroorzaakt in het kader van de uitoefening van een bedrijf | schade is veroorzaakt in het kader van de uitoefening van een beroep | schade is veroorzaakt in het kader van privéleven van particulieren |
| IV aard schade | | | |
| | dood en letsel – zaakschade | vermogensschade bestaande in extra kosten en uitgaven | vermogensschade bestaande in het verlies van winstmogelijkheden; immateriële schade |
| V draagkracht (?) | | | |
| | draagkrachtige laedens, W.A.-verzekering niet draagkrachtige gelaedeerde | | niet draagkrachtige laedens, schadeverzekering, draagkrachtige gelaedeerde |

In dit schema heeft Brunner de volgens hem door de Hoge Raad gegeven regels verwerkt en tevens enkele regels toegevoegd. Brunner schreef dat het schema “op enkele punten (*schuldgraad, soorten schade*) (...) enigszins speculatief” is omdat “*uitdrukkelijke uitspraken nog ontbreken*.”²³ De regels over de aard van de activiteit noemde hij “*tentatief*.”²⁴ Het schema was volgens Brunner

*“nog betrekkelijk grofmazig. Het zal ongetwijfeld nog worden verfijnd naarmate meer verschillende soorten gevallen aan de Hoge Raad worden voorgelegd”*²⁵

189. Nadat voor ieder van de relevante factoren is bepaald of zij wijzen in de richting van ruimere of beperktere toerekening of een neutrale betekenis hebben, dienen deze deoorden te worden afgewogen. Brunner schreef hierover:

*“Aan de hand van het schema kan een afweging worden gemaakt, zonder dat daaruit steeds voortvloeit hoe die afweging moet uitvallen indien de relevante factoren in verschillende richtingen wijzen.”*²⁶

23 Brunner 1981a, p. 233.

24 Brunner 1981a, p. 234.

25 Brunner 1981a, p. 233.

26 Brunner 1981a, p. 234.

190. Kennelijk realiseerde Brunner zich dat met deze multifactorbenadering de, door hem noodzakelijk geachte, “houvast”-biedende regels voor verschillende soorten gevallen nog niet gegeven waren. Brunner liet het ontwikkelen van die regels aan de rechtspraak over:

“In de rechtspraak moet die afweging [van factoren uit het schema] leiden tot min of meer handzame regels voor categorieën van gevallen en van schade.”²⁷

Brunner heeft zijn regels aldus kennelijk slechts als tussenstation bedoeld op weg naar een eindstation waar, zoals dat Köster voor ogen stond, categorieën van gevallen worden onderscheiden en de toerekeningsvraag zich in elke categorie laat oplossen met een handzame, houvast biedende regel.

4.2.2 De deelregels, de Hoge Raad en de literatuur

191. De Hoge Raad herhaalt ingeval hij over schadetoerekening oordeelt, zeker in zijn recentere arresten, veelal de formule van art. 6:98 BW: staat de schade in zodanig verband met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid van de schuldenaar berust, dat zij de laedens, mede gezien de aard van de aansprakelijkheid en van de schade, als een gevolg van deze gebeurtenis kan worden toegerekend?²⁸ De Hoge Raad geeft in zijn beoordeling geen ‘meer’ en ‘minder’ deeloordelen zoals door Brunner voorgestaan, en weegt evenmin dergelijke deeloordelen tegen elkaar af. Ook heeft de Hoge Raad niet de toepassing van deze methode door een feitenrechter gesanctioneerd. De methode als geheel heeft mijns inziens geen steun in de jurisprudentie van de Hoge Raad. Wel heeft de Hoge Raad geoordeeld dat bij het geven van een toerekeningsoordeel alle omstandigheden van het geval moeten worden onderzocht.²⁹ Ook heeft de Hoge Raad over enkele door Brunner in zijn schema opgenomen factoren uitdrukkelijk geoordeeld dat zij relevant *kunnen* zijn in het kader van de schadetoerekening. De Hoge Raad lijkt op deze wijze vooral zijn opties open te willen houden. In § 4.3 t/m 4.7 bespreek ik in hoeverre hij in zijn jurisprudentie de afzonderlijke deelregels heeft onderschreven.

192. In de literatuur over schadetoerekening wordt, als gezegd, veelal instemmend gewezen naar Brunners deelregels.³⁰ Kritiek is er echter ook. Van Schellen heeft geschreven dat Brunners “*schema helemaal geen houvast biedt*”.³¹ Advocaat-generaal Spier suggereerde in zijn conclusie vóór *Bouwcombinatie BR-4/Liander* de deelregelbenadering achterhaald te vinden. Volgens hem zal

“(...) [n]aar meer gangbare opvattingen (...) schade niet licht buiten de toerekeningsboot (van art. 6:98 BW) vallen. Ook (zelfs) niet wanneer sprake is van een risico-aansprakelijkheid of

27 Brunner 1981a, p. 234.

28 Zie § 2.9.

29 Zie § 2.9.

30 Zie voetnoot 10 van dit hoofdstuk.

31 Van Schellen 1985a, nr. 39.

wanneer de schade zoals deze is opgetreden niet waarschijnlijk of zelfs heel onwaarschijnlijk was.”³²

Hartlief heeft, naar aanleiding van het arrest *Swinkels/Saint-Gobain*,³³ de vraag opgeworpen waarom de handboeken nog altijd naar Brunners rechtspraakanalyse uit 1981 verwijzen en in de doctrine de betekenis van de rechtspraak niet opnieuw is doordacht.³⁴ Verder is door diverse auteurs de regel over de betekenis van de mate van schuld bestreden.³⁵

4.2.3 De deelregelmethode compliceert onnodig

193. Mijns inziens laat de deelregelmethode zich goed vergelijken met een onduidelijke, moeilijk leesbare landkaart. De onduidelijkheid maakt dat zich niet aanstonds laat zeggen dat de kaart de werkelijkheid verkeerd weergeeft. Maar degene die met de kaart zijn bestemming bereikt, slaagt daarin niet dankzij de kaart, maar doordat hij op een andere wijze, vooral door buiten de kaart om gevonden aanwijzingen, en soms ondanks de kaart, de weg weet te vinden. Enerzijds voert de methode naar mijn mening allerlei factoren op die bij de toerekenbaarheid van de schade niet relevant zijn. Anderzijds laat de methode verschillende relevante omstandigheden buiten beschouwing. Hoewel Brunner beoogde tot redelijke en rationele toerekeningsregels te komen,³⁶ maakt om deze redenen de deelregelmethode van de toerekeningsproblematiek een soort mysterie. Dit laat zich illustreren aan de hand van de volgende casus.

Een verzekeringsmakelaar krijgt opdracht een brandverzekering voor een kantoorgebouw af te sluiten. De verzekering wordt afgesloten door een medewerker van de makelaar. Deze medewerker heeft, doordat een van haar kinderen die ochtend is aangereden, daar haar hoofd niet bij. Zij sluit wel een verzekering af, maar voor een verkeerd adres. Niet lang daarna gaat het kantoorgebouw door brand vrijwel geheel verloren. De verzekeraar weigert de schade te vergoeden omdat het kantoorgebouw niet verzekerd was. Vast komt te staan dat de verzekeringsmakelaar wanprestatie heeft gepleegd en dat in het geval de opdracht naar behoren zou zijn uitgevoerd de verzekeraar de brandschade zou hebben vergoed.

Niet lijkt mij aan twijfel onderhevig dat de schade van het niet-verkrijgen van de verzekeringsuitkering kan worden toegerekend aan de wanprestatie. De verzekeringsmakelaar was gehouden om de brandverzekering naar behoren af te sluiten juist zodat in het geval van brand aan het kantoorgebouw de schade door een verzekeraar zou worden vergoed: met de geschonden verplichting is beoogd te beschermen tegen de schade zoals geleden. In hoofdstuk 7 zal ik uitwerken, dat in een aanzienlijke groep gevallen op eenvoudige wijze tot een positief antwoord

32 HR 29 april 2011, *NJ* 2011/191 (*Bouwcombinatie BR-4/Liander*), § 3.42.1. Vgl. ook Spiers conclusie vóór HR 3 oktober 2014, *NJ* 2014/429 (*Swinkels/Saint-Gobain*) waarin, na een bespreking van art. 6:98 BW, zuinig wordt vermeld: “In de doctrine wordt vaak met instemming verwezen naar door Brunner destijds geformuleerde ‘deelregels’” (§ 5.6).

33 HR 3 oktober 2014, *NJ* 2014/429 (*Swinkels/Saint-Gobain*).

34 Hartlief 2014, p. 2917.

35 Zie nr. 231 e.v.

36 Brunner 1981a, p. 236.

op de toerekeningsvraag kan worden gekomen door te constateren dat met de geschonden norm beoogd is te beschermen tegen de schade zoals geleden.

194. Toepassing van de deelregelbenadering leidt echter tot het volgende. De kans dat in het kantoorgebouw brand zou uitbreken en dus schade zou ontstaan was naar ervaringsregels zeer gering. Het afbranden van een kantoorpand kan rustig abnormaal genoemd worden. Dit is reden om minder toe te rekenen. De schade is verder een indirect gevolg van de wanprestatie. De directe oorzaak van de schade is immers de brand en vervolgens het niet-uitkeren door de verzekeraar. Ook hierom dient beperkter te worden toegerekend. Ter zake van de aard van de aansprakelijkheid geldt in de eerste plaats, dat de geschonden norm strekt tot bescherming tegen zuivere vermogensschade (het niet-verkrijgen van een verzekeringsuitkering). Dat wijst in de richting van beperktere toerekening. Op de tweede plaats geldt dat de schuldgraad gering is: de verzekeringsmakelaar valt niets te verwijten; hij is aansprakelijk voor een fout van zijn medewerker. Die medewerker heeft op haar beurt bovendien een beperkte mate van schuld. Ook dit wijst in de richting van beperktere toerekening. In de derde plaats is er het gegeven dat de schade veroorzaakt is in het kader van de uitoefening van een beroep. Voor toerekening is dat een neutrale factor. Beschouwen wij verder de aard van de schade, dan blijkt dat sprake is van zuivere vermogensschade, meer in het bijzonder van gederfde winst.³⁷ Ook dit is reden om beperkter toe te rekenen. Tot slot kan ter zake van de draagkracht van de laedens worden aangenomen dat de verzekeringsmakelaar verzekerd is. Dat is reden om ruimer toe te rekenen.

De meeste factoren wijzen in de richting van beperktere toerekening. Eén factor wijst in de richting van ruimere toerekening. Onduidelijk is hoe dit alles afgewogen dient te worden. Onduidelijk is voorts hoe van een afweging van deze aanwijzingen gekomen dient te worden tot een oordeel over de toerekening van schade. Wat het afwegingsproces er niet eenvoudiger op maakt, is dat niet goed valt in te zien waarom de aspecten die de deelregelmethode releveert van belang zijn. Bovendien, en belangrijker, wordt de cruciale omstandigheid dat met de geschonden norm beoogd wordt te beschermen tegen de schade zoals geleden, in de benadering niet naar voren gebracht: Brunner onderscheidt slechts het beschermen van leven en gezondheid, het voorkomen van zaakschade en het voorkomen van zuivere vermogensschade en immateriële schade. Men kan uiteraard met deze deelregelmethode wel tot de mijns inziens juiste uitkomst komen, maar die uitkomst verkrijgt men dan niet dankzij maar veeleer ondanks deze methode.

195. Hiervoor schreef ik dat de deelregelmethode verschillende relevante omstandigheden buiten beschouwing laat. Eén zo'n omstandigheid is de precieze met de geschonden norm of met de toepasselijke kwalitatieve aansprakelijkheid beoogde bescherming. In met name deel III van dit boek zal ik nog andere omstandigheden bespreken die mijns inziens van belang zijn bij de toerekenbaarheid van schade, maar die geen onderdeel zijn van de deelregelmethode. Bijvoor-

37 Vgl. Brunner 1997, p. 65 die terecht erop wijst dat de wetgever de term winst in art. 6:96 lid 1 BW niet gebruikt in de zin van omzet minus kosten maar in de zin van inkomsten.

beeld de omstandigheid dat de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis de kans op de schade zoals geleden niet heeft vergroot.³⁸

Brunner had overigens zijn benadering als gezegd als tussenstation bedoeld. Tegen die achtergrond behoeft het niet te verbazen dat Brunner relatief veel (mogelijk) relevante factoren noemde, terwijl voor de beantwoording van de toerekeningsvraag in allerlei casus diverse van die factoren geen rol van betekenis spelen.

196. In het navolgende zal ik de afzonderlijke deelregels nader bespreken.

4.3 De waarschijnlijkheid en voorzienbaarheid van de schade

4.3.1 Inleiding

197. De waarschijnlijkheid van de schade zoals geleden is de relevante factor in de eerste deelregel:

Naarmate het gevolg naar ervaringsregels waarschijnlijker is, is toerekening eerder gerechtvaardigd. Omgekeerd is toerekening minder aanvaardbaar naarmate het gevolg uitzonderlijker, abnormaler, minder waarschijnlijk is.³⁹

De leer van de adequate veroorzaking komt hiermee bij de beoordeling van de toerekenbaarheid van de schade aldus in zekere zin voorop te staan. De waarschijnlijkheid van de schade heeft geen beslissende betekenis meer, maar is nog slechts een relevante factor.⁴⁰

198. In de jurisprudentie van de Hoge Raad komt naar voren dat voor de toerekening van schade van belang *kan* zijn de voorzienbaarheid van die schade, het buiten de lijn van de normale verwachtingen liggen van die schade, en de waarschijnlijkheid van die schade.

In *Waterwingebied Leeuwarden*,⁴¹ in *Rijksweg 12*⁴² en in *Tauber/Verhey*⁴³ sanctioneerde de Hoge Raad de toerekening van de door een onrechtmatige daad veroorzaakte schade mede op de grond dat de schade “*niet een zo uitzonderlijke vorm van schade t.g.v. een dergelijk ongeluk is*”, de schade als gevolg “*van een verkeersongeval [niet] zo weinig karakteristiek*” is respectievelijk de schade “*een voor de hand liggend gevolg*” was. In *Amercentrale*⁴⁴ oordeelde de Hoge Raad dat de kwalitatieve aansprakelijkheid van art. 1405 (oud) BW van de eigenaar van een bouwwerk alleen aansprakelijk maakt voor de “*typische gevolgen*” van de instorting van het desbetreffende gebouw. In *Van Hees/Esbeek*⁴⁵ oordeelde de Hoge Raad dat voor de toerekenbaarheid van de

38 Zie nader hoofdstuk 11.

39 Brunner 1981a, p. 213 en 234.

40 Overigens anders dan Köster 1963, p. 14 had voorgestaan. Brunner 1981a, p. 211 was inderdaad ook aanmerkelijk minder kritisch over deze leer dan Köster, zie § 2.7.2.

41 HR 20 maart 1970, *NJ* 1970/251 m.nt. G.J. Scholten (*Waterwingebied Leeuwarden*).

42 HR 19 december 1975, *NJ* 1976/280 m.nt. G.J. Scholten (*Rijksweg 12*).

43 HR 5 oktober 1979, *NJ* 1980/43 m.nt. G.J. Scholten (*Tauber/Verhey*).

44 HR 13 juni 1975, *NJ* 1975/509 m.nt. G.J. Scholten (*Amercentrale*).

45 HR 1 juli 1977, *NJ* 1978/84 m.nt. G.J. Scholten (*Van Hees/Esbeek*).

schade van belang kan zijn of de schade het redelijkerwijze te verwachten gevolg was van de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust. In *Vader Versluis*⁴⁶ sanctioneerde de Hoge Raad de niet toerekening van schade mede omdat sprake was van “een zo uitzonderlijke vorm van schade”. In *Steengassteller*⁴⁷ heeft de Hoge Raad geoordeeld dat het “mede van de aard van de gedraging en van de daardoor geschonden normen af[hangt], welke betekenis moet worden gehecht, en welke eisen moeten worden gesteld aan de voorzienbaarheid van de resulterende schade” (rov. 3.3). In *AGO/NCB*⁴⁸ sanctioneerde de Hoge Raad het niet toerekenen van de schade op de grond dat het ontstaan ervan “geheel buiten de lijn van de normale verwachtingen lag” (rov. 3.3). In *Boukes/Schuurmans*⁴⁹ oordeelde de Hoge Raad dat in “aanmerking genomen de aard van de (...) verweten gedraging en de daaruit voortgekomen schade” het “voor de aansprakelijkheid vereiste verband tussen beide te dezen werd bepaald door de voorzienbaarheid van de schade” (rov. 3.1). In *X/Hoogheemraadschap*⁵⁰ sanctioneerde hij de toerekening van schade door het hof mede op de grond dat de maatregelen die het Hoogheemraadschap ten gevolge van de onrechtmatige daad van X had genomen, en waarvan het Hoogheemraadschap de kosten op X wilde verhalen, “in het algemeen redelijkerwijs te verwachten [zijn] als gevolg” van de gedraging van X (rov. 3.6.6). In *Swinkels/Saint-Gobain*⁵¹ oordeelde hij dat voor de toerekening van de schade relevant kan zijn “of een bepaald schadelijk gevolg van de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis naar ervaringsregels niet redelijkerwijs voorzienbaar is” (rov. 3.5). In *Avi/Van Adrighem*⁵² heeft de Hoge Raad, onder verwijzing naar de memorie van antwoord bij het gewijzigd ontwerp,⁵³ geoordeeld dat bij de beantwoording van de toerekeningsvraag “wat naar objectief inzicht voorzienbaar of waarschijnlijk was, een rol [zal] kunnen spelen” (rov. 4.1.2).

199. In enkele arresten heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de waarschijnlijkheid of de voorzienbaarheid van de precieze wijze waarop door de schending van een verkeers- of veiligheidsnorm schade ontstaat *niet* ter zake doet voor de toerekening van die schade.

In *Edel en Van der Groep/De Oude Zwolsche*⁵⁴ oordeelde de Hoge Raad “dat het Hof de gedragingen van Edel en van Van der Groep onrechtmatig heeft geoordeeld omdat door deze gedragingen het gevaar voor verkeersongevallen in het algemeen werd vergroot; dat, nu dit gevaar zich heeft verwezenlijkt, het Hof terecht niet heeft onderzocht met welken graad van waarschijnlijkheid kon worden voorzien dat het ongeval zich juist op deze wijze zou voordoen”. Tot een

46 HR 2 november 1979, NJ 1980/77 m.nt. G.J. Scholten (*Vader Versluis*). Vgl. HR 27 februari 1987, NJ 1987/584 (*Van der Peijl/Erasmus College*), rov. 3.5.

47 HR 25 maart 1983, NJ 1984/629 m.nt. C.J.H. Brunner (*Steengassteller*).

48 HR 13 november 1987, NJ 1988/210 m.nt. W.C.L. van der Grinten (*AGO/NCB*). In nr. 204 bespreek ik dat in deze zaak een kwestie van eigen schuld van de gelaedeerde speelde, die verhuld wordt in terminologie over de normale lijn van verwachtingen.

49 HR 25 mei 1990, NJ 1990/577 (*Boukes/Schuurmans*). Uit de gecompliceerde en uit het arrest niet geheel duidelijk volgende casus, kan mijns inziens niet worden afgeleid waarom het vereiste verband werd bepaald door de voorzienbaarheid. In deze zaak was, kort gezegd, Boukes' financier van een in nood verkerende vennootschap (BV Zuidwerk). BV Zuidwerk kocht bij Interbau voor f 150.000,- parket. Boukes stelde zich garant voor betaling. De betaling moet via een wissel verlopen, maar mislukte, naar Boukes stelde door toedoen van Schuurmans, die Interbau vertegenwoordigde. Boukes betaalde vervolgens aan BV Zuidwerk en verkreeg een vordering voor hetzelfde bedrag op BV Zuidwerk. Interbau leverde het parket niet en BV Zuidwerk ging failliet. Onduidelijk blijft wat Boukes precies aan Schuurmans verweet. Door de rechtbank en het hof wordt bovendien geoordeeld dat geen feitelijk causaal verband bestaat tussen het verweten handelen en Boukes' schade, die bestond uit het door hem betaalde bedrag.

50 HR 25 maart 2011, NJ 2011/139 (*X/Hoogheemraadschap Rijnsland*).

51 HR 3 oktober 2014, NJ 2014/429 (*Swinkels/Saint-Gobain*).

52 HR 10 februari 2017, NJ 2018/115 (*Avi/Van Adrighem*).

53 In de memorie van antwoord bij het gewijzigd ontwerp valt te lezen dat “wat naar objectief inzicht voorzienbaar of waarschijnlijk was een rol [zal] kunnen blijven spelen.” Parl. Gesch. Boek 6, p. 345 (M.v.A. II).

54 HR 12 februari 1960, NJ 1960/171 (*Edel en Van der Groep/De Oude Zwolsche*).

vrijwel gelijk oordeel kwam de Hoge Raad tien jaar later in *De Brouwer/Van den Besselaar*⁵⁵ waar hij oordeelde “dat door zodanig gedrag het gevaar voor verkeersongevallen in het algemeen wordt vergroot, nu het gevaar zich heeft verwezenlijkt, een nader onderzoek naar de graad van waarschijnlijkheid van het plaatsvinden van het ongeval en van de daardoor veroorzaakte verkeersschade achterwege kon blijven”. In *Vader Versluis*⁵⁶ oordeelde de Hoge Raad: “Bij overtreding van [verkeers- en veiligheidsnormen], die in de regel strekken ter voorkoming van verkeers- of arbeidsongevallen, moet rekening worden gehouden met de mogelijkheid van ernstige gevolgen, hoe deze zich ook in het concrete geval mogen voordoen.” In *Dorpshuis Kamerik*⁵⁷ oordeelde hij dat de in acht te nemen zorgvuldigheidnorm “naar haar aard mee[brengt], dat het er, voor aansprakelijkheid jegens degeen die door het in aanraking komen met de gevaarlijke vloeistof letsel oploopt, in beginsel niet toe doet, of de wijze waarop het letsel door aanraking met de stof in het gegeven geval precies is veroorzaakt, voorzienbaar was voor de partij die de betreffende zorgvuldigheidnorm niet in acht heeft genomen” (rov. 5).

Onduidelijk is overigens hoe deze rechtspraak zich verhoudt tot het oordeel van de Hoge Raad in *Swinkels/Saint-Gobain*, in welke zaak sprake was van de schending van een veiligheidsnorm, dat voor toerekening wel relevant kan zijn “of een bepaald schadelijk gevolg van de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis naar ervaringsregels niet redelijkerwijs voorzienbaar is”.⁵⁸

200. Hoewel in de rechtspraak en de literatuur vrij algemeen is aanvaard dat de mate van waarschijnlijkheid of voorzienbaarheid van de schade zoals geleden een rol kan spelen bij de toerekening van schade, meen ik dat deze factoren niet zinvol kunnen worden gebruikt bij de beoordeling of de schade toerekenbaar is. In de eerste plaats kan dat niet vanwege een beschrijvingsprobleem. De voorzienbaarheid en waarschijnlijkheid van de schade zoals geleden is vrijwel volledig afhankelijk van de beschrijving van de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis en de beschrijving van (het ontstaan van) de schade. Omdat er geen regel is die voorschrijft hoe deze beschrijving dient plaats te vinden, kan niet op een eenduidige wijze tot een oordeel over de voorzienbaarheid of waarschijnlijkheid van de schade zoals geleden worden gekomen. Het meewegen van de voorzienbaarheid of waarschijnlijkheid leidt hierom tot schijnmotiveringen waarmee de werkelijke motieven om de schade al dan niet toe te rekenen worden verhuld. In de tweede plaats is er een normatief probleem: waarom is het redelijk om naarmate schade minder vaak als gevolg van een bepaalde aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis voorkomt, en daarom dus minder waarschijnlijk is, beperkter toe te rekenen? In het navolgende werk ik dit beschrijvingsprobleem (§ 4.3.2) en dit normatieve probleem (§ 4.3.3) nader uit.⁵⁹

55 HR 18 december 1970, *NJ* 1971/142 m.nt. G.J. Scholten (*De Brouwer/Van den Besselaar*).

56 HR 2 november 1979, *NJ* 1980/77 m.nt. G.J. Scholten (*Vader Versluis*).

57 HR 8 januari 1982, *NJ* 1982/614 m.nt. C.J.H. Brunner (*Dorpshuis Kamerik*).

58 In nr. 212 bespreek ik dat niet werkbaar zou zijn de opvatting dat de voorzienbaarheid van het concrete schadegevolg er niet toe doet voor de toerekenbaarheid van het eerste schadelijke gevolg, maar wel bij verdere schadelijke gevolgen.

59 Deze kritiek maakt dat het niet nodig is om in te gaan op de verschillen tussen voorzienbaarheid, waarschijnlijkheid en hetgeen in de lijn van de normale verwachtingen ligt. Ook kan ik om deze reden laten rusten vanuit welk perspectief en uitgaande van welke wetenschap het waarschijnlijkheidsoordeel of voorzienbaarheidsoordeel dient te worden gegeven. Zie § 2.3.3 over deze kwestie bij de Duitse leren van de adequate veroorzaking.

4.3.2 Het beschrijvingsprobleem

201. Eerst nadat de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis en de schade zoals geleden zijn *beschreven*, kan beoordeeld worden hoe waarschijnlijk die schade, bij het plaatsvinden van de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis, is en of die schade kon worden voorzien. Zowel de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis als de schade zoals geleden laat zich in meer algemene termen of juist in meer detail beschrijven. Dit is van belang, omdat de keuze voor een bepaalde beschrijving bepaalt hoe waarschijnlijk en voorzienbaar de schade is; vooral de beschrijving van de schade is cruciaal. Men kan enerzijds (het ontstaan van) vrijwel elke schade zodanig gedetailleerd beschrijven, dat het ontstaan ervan subjectief en objectief volkomen onwaarschijnlijk en onvoorzienbaar is. Men kan anderzijds (het ontstaan van) vrijwel elke schade redelijk waarschijnlijk en voorzienbaar laten zijn, door te kiezen voor een algemene beschrijving van deze schade.

Dit verband tussen de beschrijving van de schade en de waarschijnlijkheid en voorzienbaarheid ervan, laat zich als volgt illustreren. (1) Iemand laat vanaf het balkon een baksteen op het hoofd van een passerende voetganger vallen. Is de schade die de voetganger hierdoor lijdt te voorzien of waarschijnlijk? Niet als men de vraag stelt of de precieze vorm van de barst in de schedel van de voetganger te voorzien is, of de precieze aard van de werkzaamheden die de voetganger tijdens zijn revalidatie niet kan verrichten (de voetganger bleek hersenchirurg te zijn en dat is een relatief weinig voorkomend beroep), of de precieze periode die de revalidatie in beslag zou nemen, of het precieze bedrag aan bij de revalidatie gederfde inkomsten. Hier zien we dat de schade zoals geleden onwaarschijnlijk en onvoorzienbaar wordt door de schade in detail te beschrijven. (2) Heftruckchauffeur Swinkels wordt op zijn werk door een collega met een heftruck aangereden en breekt daardoor zijn tenen. Werkgever *Saint-Gobain* erkent hiervoor op grond van art. 7:658 lid 2 BW aansprakelijk te zijn. De tenen van Swinkels worden in het gips gezet. Na enkele weken wordt het gips verwijderd en gaat Swinkels op aanwijzen van de arboarts weer aan het werk. Na de eerste dag op de heftruck gewerkt te hebben komt Swinkels met een enigszins slepend been thuis, struikelt hij over zijn eigen deurmat en loopt daarbij ernstig knieletsel op.⁶⁰ Is deze laatste schade te voorzien of waarschijnlijk? Wel als men de vraag stelt of bij het niet door een werkgever nemen van de in art. 7:658 lid 1 BW bedoelde veiligheidsmaatregelen letsel van de werknemer te verwachten valt. Hier zien we dat de schade zoals geleden voorzienbaar en redelijk waarschijnlijk wordt door haar meer in het algemeen, als letsel van een werknemer, te beschrijven.

202. Dit beschrijvingsprobleem is al signaleerd door de Duitse auteurs die de leer van de adequate veroorzaking ontwikkelden.⁶¹ Ook in de hedendaagse Duitse⁶² en Engelse⁶³ literatuur wordt dit probleem onderkend – en tevens dat hier-

60 HR 3 oktober 2014, *NJ* 2014/429 (*Swinkels/Saint-Gobain*).

61 Zie § 11.4.

62 Lange & Schiemann 2003, p. 84 e.v. noemen de “*Kernfrage der Adäquanztheorie (...) nach welchen Maßstäben man die Generalisierung durchzuführen hat, die das Wahrscheinlichkeitsurteil tragen soll*”.

63 Zie uitvoerig over deze problematiek: Moore 1997, p. 368, en verder Honoré 1983, p. 52; Fleming 1977, p. 200; Perry 1995, p. 322 e.v.; Perry 2001, p. 97 e.v.; Perry 2014, p. 44 e.v.; Hart & Honoré 1985, p. 257, 258 schrijven “*to avoid fallacies, the (...) question to ask is not ‘Was this harm foreseeable?’ but ‘Under what specific description which fits this harm has experience taught us to anticipate harm?’*” – op deze benadering zal ik in hoofdstuk 7 voortbouwen.

voor geen bevredigende oplossing bestaat. Te onzent hebben vooral Bloembergen en Van Schellen indringend op deze problematiek gewezen.⁶⁴

Bloembergen heeft, in het kader van zijn bestrijding van de leer van de adequate veroorzaking, de volgende heldere analyse gegeven:

*“hoe moeten wij ten aanzien van oorzaak en gevolg generaliseren? Merkwaardigerwijze is deze vraag in de, toch omvangrijke, literatuur en rechtspraak over de adequatieleer enigszins verwaarloosd. Toch is het duidelijk, dat er een generalisatie toegepast moet worden en wel op tweeërlei wijze: aan de kant van de oorzaak gaat men niet uit van het volkomen individueel bepaalde geval; de kern van de waarschijnlijkheidsberekening wordt juist daardoor gevormd, dat men het concrete geval, dat men wil onderzoeken, vergelijkt met soortgelijke gevallen en dan bepaalt of het intreden van een zeker gevolg bij een geval van die soort waarschijnlijk was. Maar aan de kant van de gevolgen generaliseert men ook: men vraagt niet – en men kan ook niet vragen – of het gevolg, dat is ingetreden in zijn concrete bepaaldheid naar tijd, plaats, ontstaanswijze en begeleidende omstandigheden waarschijnlijk was, want dat is het nooit, ook niet als men met een zeer geringe waarschijnlijkheidsgraad genoeg zou nemen. Men vraagt of gevolgen van de soort, waartoe het ingetreden gevolg behoort, waarschijnlijk waren en of een ontstaanswijze van die soort waarschijnlijk was. Hoe ver moet men met de generalisering gaan? (...) men kan bijvoorbeeld bij een bepaalde verkeersfout enerzijds voldoende achten dat er waarschijnlijk schade, van welke soort dan ook, zal ontstaan en anderzijds eisen, dat het waarschijnlijk was, dat er winstderving doordat een voordelige transactie niet worden gesloten, kosten van beenmassage, ideële schade door hoofdpijn, enz., enz. zou ontstaan. De grens zal hier ‘ergens’ tussen de twee uitersten in liggen. Maar waar? Voor de praktische uitkomsten is het van veel belang dit te weten, maar evenmin als ten aanzien van de vereiste graad van waarschijnlijkheid geeft de adequatieleer hier een duidelijk antwoord.”*⁶⁵

Van Schellen heeft erop gewezen, dat de factor waarschijnlijkheid of voorzienbaarheid van de schade zoals geleden ampel grond biedt voor doelredeneringen. Van Schellen onderschreef daarbij de opvatting van Fleming dat het beschrijvingsprobleem leidt tot *“subtle manipulation in justifying decisions and giving them the deceptive appearance of inevitability”*.⁶⁶ Van Schellen en Fleming bedoelden hiermee dat in de motivering van een rechterlijke uitspraak een zodanige beschrijving van de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis en van de schade kan worden gekozen dat de schade niet voorzienbaar en niet waarschijnlijk is als de rechterlijke instantie deze schade niet wil toerekenen, en de schade wel voorzienbaar en/of wel waarschijnlijk is als de rechterlijke instantie de schade wel wil toerekenen. Hierdoor lijkt een toerekeningsoordeel *‘inevitable’* en gemotiveerd. De cruciale keuze om de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis en de schade op een bepaalde wijze te beschrijven is echter ongemotiveerd gegeven, waardoor welbeschouwd ongemotiveerd over de toerekening wordt geoordeeld.

203. Merkwaardigerwijs is dit fundamentele probleem in de meer recente Nederlandse literatuur en rechtspraak nauwelijks doorgedrongen. Een gevolg van het gebrek aan inzicht in deze materie lijkt te zijn, dat de Hoge Raad precies doet

64 Bloembergen 1965, nr. 111 en Van Schellen 1985a, nr. 16. Zie ook, maar slechts summierlijk, Scholten 1902, p. 301 e.v.; Zevenbergen 1917, p. 39; Schut 1963, 77, 78; Van Schellen 1972, p. 118 e.v.

65 Bloembergen 1965, nr. 111.

66 Van Schellen 1985a, nr. 16. Zie Fleming 1977, p. 200.

waar Van Schellen voor heeft gewaarschuwd: de Hoge Raad kiest zijn beschrijving van de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis en de schade soms zodanig dat de schade wel of juist niet voorzienbaar is naar gelang hij de schade wel of juist niet toerekenbaar acht.⁶⁷ De werkelijke redenen waarom de schade toerekenbaar wordt geacht worden daardoor verhuld. Ik zal dit aan de hand van twee van zijn uitspraken laten zien. *Frieslandhal*⁶⁸ geeft een aardige illustratie van het kiezen van een algemene beschrijving om zo te kunnen oordelen dat de schade voorzienbaar is en daarom kan worden toegerekend.

Vier jongens van nog geen veertien jaar oud hebben in de nabijheid van het Leeuwardens vee-marktcomplex, de Frieslandhal, een vuurtje gemaakt. Het vuurtje wordt door de jongens niet goed gedoofd en het verspreidt zich, met als uiteindelijk gevolg dat de Frieslandhal afbrandt. Boekema dreef in de Frieslandhal een horecaonderneming. Na de brand heeft Boekema deze horecaonderneming tijdelijk voortgezet in een noodvoorziening. De huurovereenkomst is vanwege de brand opgezegd door de eigenaar van de Frieslandhal. Een nieuwe huurovereenkomst komt niet tot stand. De horecaonderneming van Boekema was ongewoon rendabel: Boekema kon daarmee door drie dagen per week te werken een aanzienlijk inkomen genereren. De combinatie van het niet verkrijgen van een nieuwe huurovereenkomst en de uitzonderlijke rentabiliteit maken Boekema's schade bijzonder groot. Was dit voorzienbaar? Het hof oordeelde dat op zichzelf voor de jongens niet voorzienbaar was dat Boekema een horecaonderneming dreef in de Frieslandhal. Dit achtte het hof echter niet relevant. Het hof achtte ook niet voorzienbaar dat Boekema, door genoemde bijzondere omstandigheden, een bijzonder grote schade had geleden. Dat achtte het hof wel relevant. Waarom het een niet-relevant is en het ander wel, maakte het hof niet duidelijk. Onder meer vanwege de onvoorzienbaarheid van de genoemde bijzondere omstandigheden oordeelde het hof dat slechts toe kunnen worden gerekend de gederfde inkomsten tot het moment dat het café weer zijn deuren had kunnen openen en de omzet op een vergelijkbaar niveau zou kunnen zijn als voor de brand, in het geval Boekema wel een nieuwe huurovereenkomst voor een bedrijfsruimte in de herbouwde Frieslandhal zou hebben verkregen. Het hof stelde deze periode vast op ruim een jaar. De Hoge Raad vernietigde en oordeelde: *“die inkomensschade [is], anders dan het hof heeft aangenomen, naar zijn aard in het algemeen gesproken het alleszins voorzienbare gevolg van een brand als de onderhavige. De omstandigheid dat (de omvang van) die inkomensschade mede wordt bepaald doordat Boekema niet langer in staat is tegen zeer gunstige voorwaarden een uiterst lucratief cafébedrijf te exploiteren, maakt dat niet anders.”* (rov. 3.4.3)

Het hof geeft hier een tamelijk specifieke beschrijving van (het ontstaan van) de schade. De bijzondere rentabiliteit van de onderneming van Boekema, de beëindiging van de huurovereenkomst en het niet door Boekema verkrijgen van een nieuwe huurovereenkomst maken onderdeel van die beschrijving uit. Begrijpelijkerwijs acht het hof die elementen niet goed voorzienbaar. De Hoge Raad gaat echter uit van een meer algemene beschrijving van dezelfde schade: hij stelt de vraag of inkomensschade een voorzienbaar gevolg was van de brand. Die vraag beantwoordt hij begrijpelijkerwijs bevestigend. Hoewel de wijze van beschrijven van de schade cruciaal is voor de voorzienbaarheid ervan, wordt de keuze voor

67 Degene die meent dat de Hoge Raad als cassatierechter dergelijke oordelen niet geeft, verzoek ik de hierna geciteerde oordelen van hem te lezen.

68 HR 25 april 2008, NJ 2008/262 (*Frieslandhal*).

een bepaalde beschrijving noch door het hof noch door de Hoge Raad gemotiveerd.

De motivering aan de hand van de voorzienbaarheid van de schade verhult ook de werkelijke redenen om de schade wel of juist niet toerekenbaar te achten. In deze casus zijn er twee factoren die een bijzondere invloed hebben op de omvang van de schade: de uitzonderlijke rentabiliteit van het café van Boekema en het niet tot stand komen van een nieuwe huurovereenkomst. Het hof en de Hoge Raad verschillen kennelijk van oordeel of het redelijk is om het gedeelte van Boekema's schade dat hiermee gemoeid is aan de brand toe te rekenen. Dat men hierover van mening kan verschillen, acht ik begrijpelijk. Maar in plaats van dit probleem te identificeren en hierover een gemotiveerd oordeel te geven, worden dit probleem en de redenen om voor een bepaalde uitkomst te kiezen verhuld in een oordeel over de voorzienbaarheid van de schade zoals geleden op basis van een cruciale, maar niet gemotiveerde, keuze voor een beschrijving van deze schade.

204. Het omgekeerde gebeurt ook: soms geeft de Hoge Raad een heel gedetailleerde beschrijving van de schade en concludeert hij vervolgens dat de schade in die beschrijving niet voorzienbaar was en dus niet toerekenbaar is. *AGO/NCB*⁶⁹ illustreert dit.

AGO sloot als verzekeraar een verzekeringsovereenkomst met betrekking tot een 150-tal speelautomaten. Als tussenpersoon voor de verzekeringnemers trad NCB op. Aan de speelautomaten ontstond schade en de verzekeringnemers verzochten vergoeding daarvan door AGO. AGO beriep zich op verzwijging (art. 251 (oud) WvK), hetgeen er uiteindelijk toe leidde dat de verzekeringsovereenkomst nietig werd geoordeeld. Echter, voordat het zover was hadden de verzekeringnemers AGO middels een kort geding gedwongen om een bedrag van f 665.000,- als schadevergoeding uit te keren. Door de nietigheid van de verzekeringsovereenkomst had AGO aanspraak op terugbetaling. De verzekeringnemers boden echter geen verhaal. AGO sprak hierom tussenpersoon NCB aan op de grond dat zij onrechtmatig had gehandeld dan wel wanprestatie had gepleegd door bij het sluiten van de verzekeringsovereenkomst relevante gegevens achter te houden. Het hof liet in het midden of van zo'n onrechtmatige daad of wanprestatie sprake was en oordeelde dat in ieder geval de schade niet kan worden toegerekend. De Hoge Raad oordeelde dat het hof in dat kader van belang heeft geacht dat de president van de rechtbank bij het wijzen van het kortgedingvonnis mede heeft overwogen dat (i) AGO onaanvaardbaar lang heeft getalmd met de afwikkeling van de claim van de verzekeringnemers en ten onrechte had geweigerd aan schadevaststelling mee te werken, en daarmee de verzekeringnemers in grote problemen had gebracht en (ii) onaannemelijk was, en niet door AGO was bepleit, dat de verzwijging van dien aard was dat de verzekeringsovereenkomst niet of niet onder dezelfde voorwaarden zou zijn gesloten. De Hoge Raad oordeelde vervolgens: "*Tegen deze achtergrond kan niet anders worden geconcludeerd dan dat (...) het geheel buiten de lijn van de normale verwachtingen lag dat AGO, eenmaal van de door haar beweerde verzwijging op de hoogte gekomen, niettemin in k.g. tot een bedrag als voormeld bij wijze van credietverlening zou worden veroordeeld op grond van overwegingen als het hof in zijn r.o. 13 kort heeft aangeduid en hierboven nader zijn weergegeven.*" (rov. 3.3) Op deze grond verwierp de Hoge Raad de klachten tegen het oordeel van het hof dat de schade niet kon worden toegerekend.

69 HR 13 november 1987, NJ 1988/210 m.nt. W.C.L. van der Grinten (*AGO/NCB*).

De Hoge Raad toetst of de schade in lijn met de normale verwachting ligt, uitgaande van een gedetailleerde beschrijving van het ontstaan van de schade: kon NCB verwachten dat AGO, nadat zij van de verzwijging op de hoogte was geraakt, toch tot uitkeren gedwongen zou worden doordat AGO daartoe in kort geding zou worden veroordeeld en de president in dat kader relevant zou achten dat AGO, kort gezegd, laakbaar had gehandeld bij de afwikkeling van de claim en AGO in het kader van haar verzwijgingsverweer niet had aangevoerd dat zij zonder de verzwijging de verzekeringsovereenkomst niet zou hebben gesloten? Dat NCB zo'n gedetailleerd beschreven gang van zaken vooraf niet kon voorzien en dit buiten de lijn van de normale verwachtingen ligt, is naar mijn mening begrijpelijk. Tot een ander oordeel had mijns inziens gekomen kunnen worden door niet uit te gaan van zo'n heel specifieke beschrijving van het ontstaan van de schade. Men zou bijvoorbeeld de vraag kunnen stellen of in de normale lijn van verwachtingen ligt, dat een verzekeraar schade lijdt indien een tussenpersoon de verzekeraar onjuiste informatie geeft waardoor de verzekeraar bereid is een verzekeringsovereenkomst te sluiten die hij niet gesloten zou hebben indien hij de juiste informatie zou hebben gehad.

Ook in *AGO/NCB* worden de werkelijke redenen om de schade niet toe te rekenen verhuld. In deze casus lijkt sprake te zijn van een aanzienlijke mate van eigen schuld van AGO: zowel haar laakbare opstelling bij de afwikkeling van de claim als haar gebrekkige verweer in het kort geding heeft er kennelijk toe geleid dat, ondanks de uiteindelijk vastgestelde nietigheid van de verzekeringsovereenkomst, zij in kort geding toch tot betaling veroordeeld werd met als gevolg dat zij de schade leed waarvan zij vergoeding vorderde. Men zou erover van mening kunnen verschillen of die mate van eigen schuld zodanig groot is dat terecht is dat NCB daarvoor in het geheel niet aansprakelijk werd geoordeeld. De rechter ontloopt echter deze kwestie door op basis van een heel gedetailleerde beschrijving de waarschijnlijkheid van de schade te beoordelen.

205. In de hiervoor besproken arresten zien we dat de factor voorzienbaarheid van de schade zoals geleden, wordt gebruikt om rechterlijke uitspraken, in de treffende woorden van Fleming, "*the deceptive appearance of inevitability*" te geven. De werkelijke redenen om de schade al dan niet toe te rekenen worden hiermee verhuld. Dat is ongelukkig omdat zo in wezen ongemotiveerde beslissingen worden gegeven en bovendien het recht op deze manier in zijn ontwikkeling wordt belemmerd: op de werkelijke argumenten om de schade wel of niet toe te rekenen krijgt men immers geen zicht.

206. Dit beschrijvingsprobleem is fundamenteel. Zolang er geen regels zijn over hoe de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis en de veroorzaakte schade beschreven dienen te worden, kan de voorzienbaarheid of de waarschijnlijkheid van de schade zoals geleden worden gebruikt zowel om te beargumenteren dat de schade *wel* kan worden toegerekend als om te beargumenteren dat de schade *niet* kan worden toegerekend. In welke richting deze factor wijst, hangt af van de gekozen beschrijving. Werkbare regels die de beschrijving beheersen, heb ik niet gevonden. Om deze reden biedt de voorzienbaarheid of de waarschijnlijkheid van de schade zoals geleden niet een zinvol gezichtspunt bij de beoordeling van de toerekenbaarheid van die schade.

207. Naar mijn mening dient om aan dit beschrijvingsprobleem te ontkomen, een andere weg ingeslagen te worden. In plaats van over de schadetoerekening te oordelen mede aan de hand van de voorzienbaarheid of de waarschijnlijkheid *van de schade zoals geleden*, dient geoordeeld te worden mede aan de hand van de met de geschonden norm beoogde bescherming. Bij de bepaling van de door de geschonden norm beoogde bescherming is doorgaans van belang welke schade *in abstracto* voor de laedens voorzienbaar was en met het oog waarop hij anders diende te handelen. Bij de schadetoerekening dient dan beoordeeld te worden of de schade zoals geleden, kan gelden als de verwezenlijking van het voorzienbare gevaar dat de laedens had dienen te voorkomen. In hoofdstuk 7 werk ik deze benadering verder uit. Op deze manier doet het beschrijvingsprobleem zich niet voor, terwijl ook het nu te bespreken normatieve probleem dan niet ontstaat.

4.3.3 *Irrelevantie waarschijnlijkheid en voorzienbaarheid van schade zoals geleden en het normatieve probleem*

Inleiding

208. Hoe laat zich rechtvaardigen om naarmate schade minder vaak als gevolg van een bepaalde aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis voorkomt, en daarom dus minder waarschijnlijk is, deze schade beperkter toe te rekenen? Waarom zou het redelijk zijn om op de gelaedeerde het risico te leggen dat hij ten gevolge van de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis getroffen wordt door schade die in het algemeen minder vaak voorkomt? Vooral wanneer allerlei schade als gevolg van de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis wel te voorzien viel, zie ik niet in waarom dat het geval zou zijn.⁷⁰ Ik zal nu verder verduidelijken waarom aan de waarschijnlijkheid van de schade zoals geleden mijns inziens geen normatieve relevantie toekomt.

Met de geschonden norm is beoogd tegen de schade zoals geleden te beschermen

209. Indien met de geschonden norm beoogd is te beschermen tegen de schade zoals geleden, is de mate van waarschijnlijkheid of voorzienbaarheid van die schade niet relevant voor de toerekenbaarheid: de schade kan dan worden toegekend ongeacht deze waarschijnlijkheid. In het gevaltype waarin de schade is ontstaan ten gevolge van de schending van een verkeers- of veiligheidsnorm, volgt dit duidelijk uit de jurisprudentie van de Hoge Raad.

70 Vgl. Looschelders 2013, p. 325 “*Gegen die Adäquanztheorie spricht ferner, dass sie keine normative Rechtfertigung für den Ausschluss unwahrscheinlicher Schadensfolgen geben kann. Aus normativer Sicht kommt es allein darauf an, vor welchen Schäden die verletzte Norm schützen soll.*” Op de vraag hoe de deelregel zich laat rechtvaardigen, gaat Brunner niet in. Daartoe bestond overigens ook weinig aanleiding omdat in onze literatuur de door de Hoge Raad gehanteerde leer van de adequate veroorzaking niet op deze normatieve grond bestreden werd.

In *Edel en Van der Groep/De Oude Zwolsche*,⁷¹ *De Brouwer/Van den Besselaar*⁷² en *Dorpshuis Kamerik*⁷³ was dit verband aanwezig en in *Vader Versluis*⁷⁴ bracht de Hoge Raad dit verband tot uitdrukking.

210. Ook bij normen die niet als verkeers- of veiligheidsnormen kwalificeren, geldt mijns inziens dat indien met de geschonden norm beoogd is te beschermen tegen de schade zoals geleden, de waarschijnlijkheid of voorzienbaarheid van die schade voor de schadetoerekening niet relevant is.

In § 4.2.3 gaf ik het voorbeeld van de verzekeringsmakelaar die tekortschiet in zijn opdracht om een brandverzekering voor een kantoorgebouw af te sluiten met als gevolg dat geen verzekeringsovereenkomst tot stand komt. De kans dat het kantoorgebouw zou afbranden was uiterst gering en daarmee ook de kans dat als gevolg van de fout schade zou ontstaan. Het gegeven dat met de geschonden norm beoogd is te beschermen tegen de schade die bestaat uit het niet verkrijgen van de verzekeringsuitkering, maakt mijns inziens dat de schade kan worden toegerekend. De onwaarschijnlijkheid van deze schade voor de schadetoerekening is dan geheel irrelevant. In § 7.2.2 bespreek ik *Dicky/Trading I*. In deze zaak oordeelde het hof dat een notaris het ontstaan van de schade zoals geleden niet behoefde te verwachten en deze schade daarom niet toerekenbaar is. De Hoge Raad vernietigde op dit punt en oordeelde dat met de geschonden norm beoogd is tegen dergelijke schade te beschermen en de schade daarom toegerekend kan worden.⁷⁵ In § 7.5.2 bespreek ik de situatie waarin een verkoper van een woning de verplichting tot levering toerekenbaar niet nakomt, de koper een vergelijkbare andere woning koopt maar daarvoor door een ongekende, niet te voorziene prijsstijging aanmerkelijk meer betaalt. In deze situatie werd geoordeeld dat deze onvoorzienbaarheid niet ter zake doet. Naar ik uiteen zal zetten, is dat terecht omdat met de overeenkomst in de eerste plaats beoogd is te beschermen tegen mogelijk hogere kosten van de schuldeiser indien hij elders een prestatie betreft vanwege het niet nakomen door de schuldenaar.

In elk van deze voorbeelden is sprake van een norm waarmee beoogd is te beschermen tegen zuivere vermogensschade. Omdat zich laat vaststellen dat met de geschonden norm beoogd is te beschermen tegen de schade zoals geleden, is steeds niet relevant hoe (on)waarschijnlijk het ontstaan van die schade was. Ook is in deze casus onnodig nog over de voorzienbaarheid van de schade zoals geleden te oordelen.

211. Het voorgaande brengt mij tot de conclusie dat wanneer met de geschonden norm beoogd is te beschermen tegen de schade zoals geleden, geen reden bestaat deze schade minder snel toerekenbaar te achten omdat zij minder waarschijnlijk of voorzienbaar is.

71 HR 12 februari 1960, *NJ* 1960/171 (*Edel en Van der Groep/De Oude Zwolsche*).

72 HR 18 december 1970, *NJ* 1971/142 m.nt. G.J. Scholten (*De Brouwer/Van den Besselaar*).

73 HR 8 januari 1982, *NJ* 1982/614 m.nt. C.J.H. Brunner (*Dorpshuis Kamerik*).

74 HR 2 november 1979, *NJ* 1980/77 m.nt. G.J. Scholten (*Vader Versluis*).

75 HR 18 december 1992, *NJ* 1994/91 m.nt. E.A.A. Luijten (*Dicky Trading I*).

Met de geschonden norm is niet beoogd tegen de schade zoals geleden te beschermen

212. Andersom geldt dat wanneer met de geschonden norm niet beoogd is te beschermen tegen de schade zoals geleden, het er niet toe doet dat de schade goed voorzienbaar en/of behoorlijk waarschijnlijk is.

Ik geef een voorbeeld. A wil een week gaan skiën in de Franse Alpen. Door een eerdere blessure aan zijn linker knie betwijfelt hij of dat verantwoord is. Hij consulteert daarom een arts. De arts komt, na onzorgvuldig onderzoek, ten onrechte, tot de conclusie dat met de knie niets wezenlijks aan de hand is. Op de eerste dag van zijn skivakantie breekt A door een val – niet gerelateerd aan de blessure aan zijn linker knie – zijn rechter heup. Tijdens de revalidatie kan A zich niet *fulltime* op zijn eigen bedrijf richten, waardoor hij inkomsten mist. Zou de arts wel zorgvuldig onderzoek hebben gedaan, dan zou zijn gebreken dat het vanwege de knieblessure onverantwoord was om te gaan skiën en zou A deze schade niet hebben geleden.⁷⁶

In dit voorbeeld beschermt de geschonden norm, naar ik meen, niet tegen de schade zoals geleden. De behandelovereenkomst is immers gesloten met het oog op de blessure en de risico's daarvan en niet met het oog op andere risico's die in het algemeen aan wintersport verbonden zijn. Het is dan naar mijn mening niet zo dat omdat de schade relatief waarschijnlijk of voorzienbaar is, het toch redelijk is om deze schade ten laste van de laedens te brengen. Men kan vanzelfsprekend zeggen dat aan de beoordeling van de toerekening niet wordt toegekomen omdat vanwege de relativiteitsleer geen aansprakelijkheid voor de veroorzaakte schade bestaat. Maar dat laat onverlet dat voor deze groep van gevallen de waarschijnlijkheid of de voorzienbaarheid van de schade zoals geleden niet relevant is voor de reikwijdte van de verplichting tot vergoeding van door de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis veroorzaakte schade.

Onduidelijk of met de geschonden norm beoogd is te beschermen tegen de schade zoals geleden

213. Soms laat zich niet vaststellen dat met de geschonden norm *wel* beoogd is te beschermen tegen de schade zoals geleden, terwijl zich evenmin laat vaststellen dat met de geschonden norm *niet* beoogd is te beschermen tegen deze schade. In zo'n situatie zou in theorie nog ruimte kunnen bestaan om de waarschijnlijkheid of voorzienbaarheid van de schade zoals geleden mee te wegen bij de toerekenbaarheid van schade.

Een voorbeeld van een schadepost waarvan zich niet goed laat vaststellen of de geschonden norm wel of niet strekt tot beschermen tegen die schade, is het knieletsel van Swinkels in de in nr. 201 besproken zaak *Swinkels/Saint-Gobain*. De Hoge Raad oordeelde in die zaak dat voor de toerekenbaarheid van die schade van belang kan zijn of “*een bepaald schadelijk gevolg van de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis naar ervaringsregels niet redelijkerwijs voorzienbaar is*” (rov. 3.5).

⁷⁶ Deze casus is geïnspireerd op het bergbeklimmervoorbeeld van Lord Hoffmann in *South Australia Asset Management Corporation v. York Montague Ltd. and Banque Bruxelles Lambert SA v. Eagle Star Insurance Co. Ltd.* [1996] UKHL 10 [1997] AC 191.

Indien men de waarschijnlijkheid of de voorzienbaarheid van het knieletsel bij de toerekening mee wil laten wegen, ontstaat allereerst het beschrijvingsprobleem. Waarvan dient de waarschijnlijkheid of de voorzienbaarheid te worden beoordeeld: van het ontstaan van letsel in het algemeen door schending van de norm, van een ongeval tijdens het genezingsproces, van het struikelen, van het struikelen over de eigen deurmat, van het struikelen over de eigen deurmat met letsel tot gevolg, of van het struikelen over de eigen deurmat met ernstig knieletsel tot gevolg? Mij is niet duidelijk wat de beslissende vraagstelling dient te zijn voor de beoordeling van de waarschijnlijkheid of voorzienbaarheid van de schade. Alleen al vanwege deze omstandigheid kan ik niet inzien hoe het zich in deze situaties laat rechtvaardigen om minder waarschijnlijke schade minder snel toe te rekenen.

Naar ik verder in dit boek zal betogen, hangt het antwoord of deze verdere schade kan worden toegerekend niet mede ervan af of zij naar ervaringsregels redelijkerwijs voorzienbaar is. In hoofdstuk 7 zal ik betogen dat wel van belang is de mate waarin deze verdere schade qua soort schade en qua wijze van ontstaan overeenkomt met schade waarvan zich laat vaststellen dat de geschonden norm daartegen wel beoogde te beschermen en dus past bij schade die de laedens wel zou dienen te vergoeden indien zij ten gevolge van de normschending ontstaat. De relevante grenzen aan toerekenbaarheid behandel ik in de hoofdstukken 8 t/m 11.

214. Mijn conclusie is hier dat de voorzienbaarheid en de waarschijnlijkheid van de schade zoals geleden niet zinvol kunnen worden gebruikt bij de beoordeling van de toerekenbaarheid van deze schade. De voorzienbaarheid en waarschijnlijkheid hangen ten eerste volledig af van de beschrijving van die schade. Het is niet de schade zoals geleden zelf maar de gekozen beschrijving ervan die bepaalt in welke mate deze schade voorzienbaar en waarschijnlijk is. Ten tweede valt niet in te zien waarom het in zijn algemeenheid redelijk zou zijn om naarmate schade minder vaak als gevolg van een bepaalde aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis voorkomt, en daarom dus minder waarschijnlijk en minder voorzienbaar is, deze schade beperkter toe te rekenen.

4.4 De verwijderdheid van de schade

215. De lengte van de causale keten tussen de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis en de schade is de relevante factor in de tweede deelregel:

Naarmate het schadelijk gevolg minder verwijderd is, een direct of een dadelijk gevolg is van de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust, is toerekening eerder gerechtvaardigd. Het omgekeerde is het geval naarmate schade verder verwijderd, of een meer indirect gevolg is.⁷⁷

Ook de verwijderdheid van de schade werd al ver voor Brunners publicatie relevant geacht voor de begrenzing van aansprakelijkheid. Pothier betoogde al dat geen aansprakelijkheid bestaat voor te ver weg liggende schade. Die opvatting heeft via de Franse Code Civil geleid tot art. 1284 (oud) BW waarin aansprakelijkheid voor door een wanprestatie veroorzaakte schade werd begrensd tot scha-

⁷⁷ Brunner 1981a, p. 214 en 234.

de die geldt als het onmiddellijke en dadelijk gevolg van deze wanprestatie.⁷⁸ Tot in het begin van de twintigste eeuw was de Hoge Raad van oordeel dat analoog een onrechtmatige daad alleen aansprakelijk maakt voor daardoor rechtstreeks veroorzaakte schade.⁷⁹

Brunner lijkt bij het formuleren van deze deelregel vooral casus op het oog te hebben gehad waarin een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis leidt tot een keten van gelaedeerden.⁸⁰ In die gevallen kan de schade van diverse gelaedeerden in zo'n keten waarschijnlijk zijn, zonder dat de laedens daarvoor aansprakelijk gehouden dient te worden. Brunner meende hierom de verwijderdheid van de schade nodig te hebben om tot een bevredigende begrenzing van aansprakelijkheid te kunnen geraken.⁸¹

216. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat de verwijderdheid van de schade een relevant gezichtspunt *kan* zijn bij schadetoerekening.

In *Waterwingebied Leeuwarden*⁸² en in *Rijksweg 12*⁸³ sanctioneerde de Hoge Raad de toerekening van de door een onrechtmatige daad veroorzaakte schade mede omdat de schade niet “*in een zo verwijderd verband* [met het ongeluk] *staat*”. In *Vader Versluis*⁸⁴ sanctioneerde de Hoge Raad de niet toerekening van schade mede omdat sprake was van “*een zo verwijderd verband met de voormelde gedragingen* [van de laedens]”. In *Van Dijk/Beter Wonen*⁸⁵ oordeelde de Hoge Raad dat het niet door de rechtbank toerekenen van de schade omdat zij in een “*te ver verwijderd verband*” staat, gelet op de aard van de aansprakelijkheid en van de schade, niet getuigt van een onjuiste rechtsopvatting (rov. 3.2). In *Swinkels/Saint-Gobain*⁸⁶ oordeelde de Hoge Raad dat in het kader van de schadetoerekening een relevante omstandigheid “*kan*” zijn of een bepaald gevolg “*in (zeer) ver verwijderd verband staat tot die aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis*” (rov. 3.5).⁸⁷

217. Naar mijn mening zal vrijwel steeds wanneer een grens getrokken wordt tussen wel toerekenbare schade en schade die niet meer toerekenbaar is, de wel toerekenbare schade dichter bij de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis liggen dan de niet-toerekenbare schade. Dit betekent echter niet, dat het zinvol is om de verwijderdheid van de schade mee te wegen bij de beoordeling of de schade kan worden toegerekend. Verwijderdheid is – om een frase van Nieuwenhuis

78 Zie § 2.2.2. Brunner wees ter onderbouwing van deze deelregel ook op art. 1284 (oud) BW.

79 Zie § 2.2.3.

80 Bijvoorbeeld: ten gevolge van een kabelbeschadiging lijdt de eigenaar van de kabel schade, maar ook de eigenaar van de fabriek die hierdoor enige tijd komt stil te liggen, en de afnemer van de fabriek die te laat geleverd krijgt enzovoort.

81 Brunner 1981a, p. 214. Overigens meende Köster 1963, p. 20 dat deze problematiek diende te worden opgelost in de aard van de schade. Schade van een secundair gelaedeerde noemde hij afgeleide schade. Voor schade van deze aard meende hij dat in het algemeen de regel gold dat de benadeelde die zelf diende te dragen.

82 HR 20 maart 1970, *NJ* 1970/251 m.nt. G.J. Scholten (*Waterwingebied Leeuwarden*).

83 HR 19 december 1975, *NJ* 1976/280 m.nt. G.J. Scholten (*Rijksweg 12*).

84 HR 2 november 1979, *NJ* 1980/77 m.nt. G.J. Scholten (*Vader Versluis*).

85 HR 2 november 1990, *NJ* 1991/24 (*Van Dijk/Beter Wonen*).

86 HR 3 oktober 2014, *NJ* 2014/429 (*Swinkels/Saint-Gobain*).

87 In HR 20 december 2013, *NJ* 2014/35 (*M./UWV*) oordeelde de Hoge Raad dat voor de toewijzing van de vordering tot vergoeding van kosten ter vaststelling van de schade als bedoeld in art. 6:96 lid 2, aanhef en onder b BW niet vereist is dat de kosten een rechtstreeks gevolg zijn van het onrechtmatig handelen.

in deze context te gebruiken⁸⁸ – naar mijn mening niet een argument om de door een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis veroorzaakte schade niet toe te rekenen; het niet-toerekenen van verwijderde schade veronderstelt naar mijn mening juist argumenten.⁸⁹ In geen van de door mij bestudeerde casus bleken de argumenten om de veroorzaakte schade wel of niet toe te rekenen (mede) te zijn gebaseerd op de (mate van) verwijderdheid van de schade. Naar mijn mening is het bij de beoordeling van de schadetoerekening betrekken van de verwijderdheid van de schade niet zinvol. Het leidt af van het vinden van de argumenten die wel relevant zijn voor de toerekenbaarheid van de schade. Het toestaan dat verwijderdheid als factor wordt gebruikt, bergt bovendien het gevaar in zich dat schade in wezen zonder motivering niet wordt toegerekend op de grond dat de schade ‘te ver verwijderd’ zou zijn.

Dit gebeurde mijns inziens in *Van Dijk/Beter Wonen*.⁹⁰ In een echtscheidingsprocedure was het voorlopige gebruik van de door Van Dijk bij Beter Wonen gehuurde woning aan zijn voormalige echtgenote, De Weerd, toegewezen. De Weerd kwam vervolgens, met toestemming van Beter Wonen, een woningruil met Van de Loo overeen. Op de dag dat uitvoering aan de woningruil moest worden gegeven, kwam Van Dijk daarvan op de hoogte en belette hij dat zij werd nagekomen. Van de Loo sprak vervolgens met succes De Weerd aan tot schadevergoeding wegens het niet-nakomen van de overeenkomst. Van Dijk was, als gewezen echtgenoot, voor de helft van de schade aansprakelijk. Van Dijk sprak vervolgens Beter Wonen aan op de grond dat zij buiten hem als huurder om toestemming had verleend voor de woningruil en daarmee wanprestatie had gepleegd. De rechtbank oordeelde in hoger beroep dat ook al zou sprake zijn van wanprestatie dan “staat de onderhavige schade van Van Dijk als echtgenoot van De Weerd daarmee toch in een te ver verwijderd verband om [Beter Wonen] daarvoor aansprakelijk te houden”. De tegen dit oordeel door Van Dijk gerichte klachten verwierp de Hoge Raad: “In aanmerking genomen de aard van de door de rechtbank aan de vereniging toegeschreven gedraging en de aard van de schade, welke Van Dijk volgens het in cassatie bestreden oordeel als gevolg daarvan stelt te hebben geleden, kan niet worden gezegd dat de rechtbank van een onjuiste rechtsopvatting is uitgegaan.” (rov. 3.2)

Mijns inziens valt niet goed in te zien waarom in deze zaak de schade ‘te ver verwijderd’ zou zijn. De formele wijze waarop de Hoge Raad het toerekeningsoordeel van de rechtbank aankleedt, door de aard van de gedraging en de aard van de schade in aanmerking te nemen, verheldert naar mijn mening weinig. Staat bijvoorbeeld in de eerder besproken casus van de tekortschietende verzekeringsmakelaar, waarin ook door wanprestatie zuivere vermogensschade werd veroorzaakt en de aard van de aansprakelijkheid en de aard van de schade dus niet anders is, de wel toerekenbare schade niet in een verder verwijderd verband van de normschendende gedraging dan in deze casus? Naar ik meen worden hier

88 Nieuwenhuis 1979, p. 7 schreef over, wat tegenwoordig genoemd wordt, de redelijkheid en billijkheid. Daarover schreef Hartkamp 1991, p. 751 overigens terecht dat het wezen van de billijkheid erin ligt dat zij niet volledig kan worden generationaliseerd.

89 Men kan het ook zo zeggen: degene die een appeltaart moet gaan bakken, heeft niet zoveel aan het advies dat de taart ‘lekker’ (‘niet te ver verwijderd’) dient te worden. Hij of zij is meer gebaat bij een recept waarin wordt beschreven hoe een lekkere appeltaart kan worden gemaakt. Vgl. ook Du Perron 1999, nr. 312 en 313 die ‘betrokkenheid van de derde bij een overeenkomst’ als hoofdcriterium hanteert, maar dat criterium vervolgens gaat uitwerken om tot hanteerbare regels te komen.

90 HR 2 november 1990, *NJ* 1991/24 (*Van Dijk/Beter Wonen*).

de werkelijke redenen om geen aansprakelijkheid voor de schade te laten bestaan verstoep in een, gemakkelijk gegeven, oordeel over verwijderdheid van de schade. Ofwel levert mijns inziens het nalaten van Beter Wonen om toestemming voor de woningruil aan Van Dijk te vragen geen tekortkoming in de nakoming op, waardoor Beter Wonen niet aansprakelijk is tegenover Van Dijk. Ofwel schiet Beter Wonen door dit nalaten wel tegenover Van Dijk tekort, maar dan is mijns inziens de schade van Van Dijk ook toerekenbaar omdat de toestemming dan ook gevraagd had moeten worden om te voorkomen dat de woningruil vanwege het niet verlenen van die toestemming afgeblazen zou worden en dat dat tot kosten en schade zou leiden.

218. Het werken met de factor verwijderdheid is ook niet nodig om het door Köster en Brunner gesignaleerde probleem van de begrenzing van aansprakelijkheid in het geval van een keten van gelaedeerden op te lossen. In dit boek zal ik betogen dat de oplossing van dergelijke casus langs twee wegen gevonden kan worden. In de eerste plaats laat zich deze problematiek in het algemeen beter benaderen in het kader van ongeschreven zorgvuldigheidsnormen. Indien jegens zo'n latere gelaedeerde wel een zorgvuldigheidsnorm wordt geschonden die strekt tot bescherming van de door hem geleden schade, kan de schade wel worden toegerekend (hoofdstuk 7). Indien geen sprake is van de schending van zo'n norm jegens de latere gelaedeerde, laat toerekening zich niet rechtvaardigen (hoofdstuk 10). In de tweede plaats is het mogelijk dat de schade niet voor rekening komt van degene die de schade normaliter zou lijden, maar de veroorzaakte schade door min of meer bijzondere omstandigheden voor rekening van een ander komt. Het kan dan redelijk zijn om degene naar wie de schade zich in deze zin heeft verplaatst evengoed een aanspraak op vergoeding te geven. In hoofdstuk 15 zal ik uiteenzetten op welke gronden en onder welke omstandigheden een dergelijke aanspraak op vergoeding van verplaatste schade dient te bestaan. Op deze wijze laat zich bepalen tot hoe ver in een schadeketen gelaedeerden aanspraak hebben op schadevergoeding.

4.5 De aard van de aansprakelijkheid

4.5.1 Inleiding

219. De aard van de aansprakelijkheid is de relevante factor in de derde deelregel. Art. 6:98 BW noemt de aard van de aansprakelijkheid, goeddeels in navolging van Köster,⁹¹ als eerste factor bij de beoordeling of de schade kan worden toegerekend. De Hoge Raad neemt in zijn rechtspraak de formule van art. 6:98 BW tot uitgangspunt.⁹² In de deelregelbenadering wordt in het kader van de aard van de aansprakelijkheid een drietal (sub)deelregels onderscheiden, waarin de relevante factoren zijn: het doel van de geschonden norm, de mate van schuld van de laedens en de aard van de activiteit waarmee de schade is veroorzaakt.

91 Köster stelde in zijn ontwerpbeplating voorop de "de aard van de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust", zie nr. 96.

92 Zie § 2.9.

4.5.2 Het doel van de norm

Inleiding

220. Het doel van de geschonden norm is de relevante factor bij de eerste deelregel in het kader van de aard van de aansprakelijkheid:

Voor iedere beschermingsnorm kan en moet worden vastgesteld of het doel waarmee zij in het leven is geroepen toerekening van de in concreto gevorderde schade rechtvaardigt. Verkeers- en veiligheidsnormen die met het oog op de voorkoming van ongevallen zijn opgesteld, rechtvaardigen een ruime toerekening van overlijdens- en letselschade. Wanneer een norm strekt tot voorkoming van zaakschade, heeft dat neutrale betekenis voor toerekenbaarheid van schade. Strekt de norm ter voorkoming van zuivere vermogensschade of immateriële schade, dan leidt dat tot het deoordeel dat beperkter dient te worden toegerekend.⁹³

Verkeers- en veiligheidsnormen

221. Dat bij de schending van een verkeers- en veiligheidsnorm waarmee het voorkomen van ongevallen beoogd is, een ruime toerekening van overlijdens- en letselschade gerechtvaardigd is, volgt duidelijk uit de jurisprudentie van de Hoge Raad. Deze jurisprudentie laat twee, dicht tegen elkaar aan liggende, benaderingen zien. Enerzijds heeft de Hoge Raad bij herhaling geoordeeld dat in het geval van de schending van een verkeers- of veiligheidsnorm waardoor letsel ontstaat, de mate van waarschijnlijkheid en voorzienbaarheid van de concrete wijze waarop dat letsel is ontstaan in beginsel niet relevant is voor de toerekenbaarheid van die schade.⁹⁴ Anderzijds heeft de Hoge Raad herhaaldelijk geoordeeld dat bij de schending van een verkeers- of veiligheidsnorm ook schadegevolgen die buiten de lijn van de normale verwachtingen liggen, kunnen worden toegerekend.⁹⁵

De eerste benadering is mogelijk enigszins soepeler. Bij de toepassing van de tweede benadering zou men namelijk nog steeds kunnen zeggen dat het enkele gegeven dat het schadegevolg buiten de lijn van normale verwachtingen ligt op zichzelf niet aan toerekening in de weg staat, maar niettemin het gevolg zoals zich dat in concreto heeft voorgedaan zó onwaarschijnlijk was dat het niet kan worden toegerekend. Bij de toepassing van de eerste benadering kan de toerekening van dat schadegevolg minder goed om deze reden worden uitgesloten.

Bij de toepassing van de tweede benadering doet zich het probleem voor dat het antwoord op de vraag of een schadegevolg buiten de lijn van de normale verwachtingen ligt, vrijwel geheel afhangt van de mate van detail waarmee het gevolg beschreven wordt.⁹⁶ Illustratief is *De Heel/Korver*.⁹⁷ In deze zaak viel patiënt Korver, die na een kaakoperatie zijn narcose uitsliep, uit bed en liep daarbij letsel aan zijn gezicht op. Vast kwam te staan dat het ziekenhuis maatregelen had

93 Brunner 1981a, p. 213, 216 en 234.

94 HR 12 februari 1960, *NJ* 1960/171 (*Edel en Van der Groep/De Oude Zwolsche*); HR 18 december 1970, *NJ* 1971/142 m.nt. G.J. Scholten (*De Brouwer/Van den Besselaar*); HR 2 november 1979, *NJ* 1980/77 m.nt. G.J. Scholten (*Vader Versluis*); HR 8 januari 1982, *NJ* 1982/614 m.nt. C.J.H. Brunner (*Dorpshuis Kamerik*).

95 HR 9 juni 1972, *NJ* 1972/360 m.nt. G.J. Scholten (*Neurotische depressie*); HR 21 maart 1975, *NJ* 1975/372 m.nt. G.J. Scholten (*Doodgeschrokken bromfietser*); HR 2 november 1979, *NJ* 1980/77 m.nt. G.J. Scholten (*Vader Versluis*); HR 13 januari 1995, *NJ* 1997/175 m.nt. C.J.H. Brunner (*De Heel/Korver*); HR 6 oktober 1995, *NJ* 1998/190 m.nt. C.J.H. Brunner (*Turnster*).

96 Zie § 4.3.2.

97 HR 13 januari 1995, *NJ* 1997/175 m.nt. C.J.H. Brunner (*De Heel/Korver*).

moeten nemen om te voorkomen dat patiënten die een narcose uitslapen en daarbij soms onwillekeurige bewegingen maken, uit bed zouden vallen. Lag de schade van Korver nu buiten de lijn van de normale verwachtingen? Niet als men het schadegevolg tamelijk algemeen beschrijft als letsel (aan het gezicht) dat is ontstaan doordat een patiënt bij het uitslapen van zijn narcose uit bed viel. Wel als men kiest voor de preciezere beschrijving dat Korver aan zijn rechteroog blind is geworden omdat de hoofdslagader van dit oog door de val uit het bed is dichtgeslagen.

222. De Hoge Raad heeft bovendien geoordeeld dat aan de toerekening van de door de schending van een verkeers- of veiligheidsnorm veroorzaakte schade in beginsel niet in de weg staat dat deze schade mede is veroorzaakt of is vergroot door een predispositie van de gelaedeerde, door zijn persoonlijkheidsstructuur, door bijzondere privémomstandigheden en/of door gedragingen van derden in het herstelproces van de gelaedeerde.⁹⁸

In *Neurotische depressie*⁹⁹ oordeelde de Hoge Raad dat de laedens aan wie is te wijten dat een ander door een aanrijding lichamelijk of psychisch letsel oploopt “voor de daardoor veroorzaakte schade in de regel over de gehele met de genezing van dat letsel gemoeide tijd als een door zijn daad veroorzaakte schade aansprakelijk is”. De Hoge Raad oordeelde daarbij dat dit niet anders wordt indien de genezing van het letsel langer duurt dan in de normale lijn van de verwachtingen ligt. In *Renteneurose*¹⁰⁰ oordeelde de Hoge Raad dat bij een onrechtmatige daad die bestaat uit het toebrengen van letsel “de gevolgen van een door de persoonlijke predispositie van het slachtoffer bepaalde reactie op die daad in het algemeen als een gevolg van de onrechtmatige daad aan de dader moeten worden toegerekend” (rov. 3.3). Ook dit is niet anders als die reactie van het slachtoffer mede verband houdt met de neurotische behoefte van het slachtoffer een vergoeding te verkrijgen waardoor de gevolgen ernstiger worden en langer duren dan in de normale lijn der verwachtingen ligt. In *ABP/Van Stuyvenberg*¹⁰¹ heeft de Hoge Raad geoordeeld dat ook het uitblijven van herstel als gevolg van een predispositie van het slachtoffer, als gevolg van diens persoonlijkheidsstructuur of als gevolg van moeilijkheden in het privéleven aan de laedens dient te worden toegerekend. In *Joe/Chicago Bridge*¹⁰² oordeelde de Hoge Raad dat “indien het in de normale lijn der verwachtingen liggende herstel van de arbeidsgeschiktheid uitblijft of vertraging ondervindt als gevolg van een tekortschieten door de betrokken artsen met betrekking tot het onderzoeken en/of het behandelen van het letsel, zal het uitblijven van of de vertraging in het herstel in het algemeen als een gevolg van het ongeval aan de werkgever moeten worden toegerekend. Ook indien dat medische tekortschieten slechts door en in samenhang met de – door diens persoonlijke predispositie bepaalde – psychische reactie daarop van de werknemer tot verstoring van het herstelproces heeft kunnen leiden.” Een en ander is slechts anders “indien de genezing van het letsel is of wordt belemmerd door bepaalde omstandigheden van zodanige aard, dat het uitblijven van de genezing niet meer als gevolg van de aanrijding aan de dader kan worden toegerekend”;¹⁰³ in het bijzonder is dat laatste het geval indien het slachtoffer nalaat van zijn kant alles in het werk te stellen wat redelijkerwijs – mede in aanmerking genomen zijn per-

98 Ook in HR 27 januari 1928, *NJ* 1928/417 m.nt. P. Scholten (*Dubbele operatie*) en HR 20 juni 1969, *NJ* 1969/374 m.nt. G.J. Scholten (*Zitman*) werd de schade, die was ontstaan bij de behandeling van het door een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis veroorzaakte letsel, al aan de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis toegerekend.

99 HR 9 juni 1972, *NJ* 1972/360 m.nt. G.J. Scholten (*Neurotische depressie*).

100 HR 8 februari 1985, *NJ* 1986/137 m.nt. C.J.H. Brunner (*Renteneurose*).

101 HR 4 november 1988, *NJ* 1989/751 m.nt. C.J.H. Brunner (*ABP/Van Stuyvenberg*), rov. 3.2.

102 HR 8 februari 1985, *NJ* 1986/136 m.nt. C.J.H. Brunner (*Joe/Chicago Bridge*).

103 HR 9 juni 1972, *NJ* 1972/360 m.nt. G.J. Scholten (*Neurotische depressie*).

soonlijkheidsstructuur – van hem kan worden verlangd om tot het herstelproces bij te dragen (rov. 3.3).¹⁰⁴

223. Naar ik meen, heeft de Hoge Raad met de hiervoor genoemde arresten houvast biedende regels gegeven voor het casustype waarin door de schending van een verkeers- of veiligheidsnorm letsel ontstaat. Dat zijn mijns inziens overigens geen deelregels in de door Brunner bedoelde zin; zij leiden niet tot een deelloorddeel dat ‘meer’ of ‘minder’ dient te worden toegerekend en dat tegen andere deelloordelen dient te worden afgewogen. Met deze regels kan men in het algemeen de toerekeningsvraag in dit casustype zonder meer beantwoorden. De problematiek van de aan de omvang van de schade bijdragende predispositie van de gelaedeerde, waarop deze door de Hoge Raad geformuleerde regels ook zien, beschouw ik overigens niet als onderdeel van de schadetoerekening maar als vraagstuk van de eigen schuld van de gelaedeerde.¹⁰⁵

224. In hoofdstuk 7 zal ik betogen dat deze door de Hoge Raad gegeven regels een toepassing zijn van de regel dat als met de geschonden norm beoogd is te beschermen tegen de door de normschending veroorzaakte schade, deze schade dient te worden toegerekend. Op die manier laat zich mijns inziens goed begrijpen waarom de mate van waarschijnlijkheid of de voorzienbaarheid van de schade zoals geleden voor de schadetoerekening niet ter zake doet en waarom ook schadegevolgen die buiten de lijn van de normale verwachtingen liggen, kunnen worden toegerekend. Omdat namelijk in ons recht, terecht, groot belang wordt gehecht aan het voorkomen van letsel, dient men zich in allerlei gevallen aan normen te houden die letsel beogen te voorkomen, ook als de kans dat bij de schending van die norm letsel ontstaat zeer gering is. Met deze normen wordt dan beoogd te beschermen tegen een nog vrij abstract gevaar dat zich op allerlei, vooraf veelal onwaarschijnlijke en onvoorzienbare, manieren kan verwezenlijken. Als dat inherent is aan de norm, dan kan de onwaarschijnlijkheid of onvoorzienbaarheid van de wijze waarop het letsel is ontstaan mijns inziens in beginsel geen reden vormen om de schade niet toe te rekenen.

Ook voor de Hoge Raad lijkt deze gedachte leidend te zijn. In *Vader Versluis*¹⁰⁶ oordeelde hij dat “[b]ij overtreding van [verkeers- en veiligheidsnormen], die in de regel strekken ter voorkoming van verkeers- of arbeidsongevallen, (...) rekening [moet] worden gehouden met de mogelijkheid van ernstige gevolgen, hoe deze zich ook in het concrete geval mogen voordoen”. In *Dorpshuis Kamerik*¹⁰⁷ oordeelde hij dat de in acht te nemen zorgvuldigheidsnorm “naar haar aard mee[brengt], dat het er, voor aansprakelijkheid jegens degeen die door het in aanraking komen met de gevaarlijke vloeistof/letsel oploopt, in beginsel niet toe doet, of de wijze waarop het letsel door aanraking met de stof in het gegeven geval precies is veroorzaakt, voorzienbaar was voor de partij die de betreffende zorgvuldigheidsnorm niet in acht heeft genomen” (rov. 5).

104 HR 8 februari 1985, NJ 1986/137 m.nt. C.J.H. Brunner (*Renteneurose*) en HR 8 februari 1985, NJ 1986/136 m.nt. C.J.H. Brunner (*Joe/Chicago Bridge*).

105 Zie hierover nr. 20.

106 HR 2 november 1979, NJ 1980/77 m.nt. G.J. Scholten (*Vader Versluis*).

107 HR 8 januari 1982, NJ 1982/614 m.nt. C.J.H. Brunner (*Dorpshuis Kamerik*).

225. Niet in elke casus waarin een verkeers- of veiligheidsnorm is geschonden en ten gevolge daarvan letsel ontstaat, laat de toerekeningsvraag zich echter met de door de Hoge Raad gegeven regels oplossen. Ook hier gelden de in hoofdstuk 8 t/m 11 te behandelen grenzen aan toerekenbaarheid.

Overige normen

226. De rechtspraak van de Hoge Raad biedt steun voor de opvatting dat schade die het gevolg is van de schending van een andersoortige norm minder ruim kan worden toegerekend.

In *Vader Versluis*¹⁰⁸ heeft de Hoge Raad in het kader van de schadetoerekening uitdrukkelijk onderscheid gemaakt tussen de schending van verkeers- en veiligheidsnormen en de in die zaak geschonden zorgvuldigheidsnorm waarmee, naar het mij toeschijnt, beoogd werd te beschermen tegen immaterieel ongemak. De Hoge Raad oordeelde: “*In dit opzicht bestaat er verschil tussen deze aansprakelijkheidsgrond en bijv. die waarvan sprake is bij overtreding van verkeers- resp. veiligheidsnormen. Bij overtreding van laatstbedoelde normen, die in de regel strekken ter voorkoming van verkeers- of arbeidsongevallen, moet rekening worden gehouden met de mogelijkheid van ernstige gevolgen, hoe deze zich ook in het concrete geval mogen voordoen. Zulks kan niet worden aangenomen ten aanzien van de niet-naleving van de zorgvuldigheidsnormen, in strijd waarmee [de laedens] in ‘s Hof’s veronderstelling jegens Versluis hebben gehandeld.*” Laatstbedoelde zorgvuldigheidsnormen zagen op de bejegening van en wijze van communicatie met de vader van een patiënte door een behandelend arts. Ook in latere rechtspraak lijkt de Hoge Raad in het geval van andere normen dan verkeers- of veiligheidsnormen uit te gaan van minder ruime grenzen aan toerekenbaarheid van schade. In *AGO/NCB*¹⁰⁹ sanctioneerde hij de niet-toerekening door de feitenrechter op de grond dat de schade geheel buiten de normale lijn van verwachtingen lag. In *Boukes/Schuurmans*¹¹⁰ oordeelde hij dat in de gegeven omstandigheden het voor aansprakelijkheid vereiste verband werd bepaald door de voorzienbaarheid van de schade. In *Avi/Van Adrighem*¹¹¹ liet hij in stand de niet-toerekening door de feitenrechter van door wanprestatie veroorzaakte zuivere vermogensschade op grond van de onvoorzienbaarheid van die schade.

Naar ik meen, en in het navolgende verder zal toelichten, is grote voorzichtigheid geboden met het trekken van conclusies uit deze oordelen van de Hoge Raad en is het tevens niet zinvol om te werken met in de deelregelbenadering onderscheiden beschermingsdoelen van normen.

Overige normen: normen waarmee beoogd is te beschermen tegen zaakschade

227. Naar mijn mening is het niet zo, zoals de deelregel wil, dat het gegeven dat met een norm beoogd is te beschermen tegen zaakschade, dat een neutrale factor is bij de toerekening. Veelal laat zich geen zinvol onderscheid maken tussen normen waarmee beoogd is te beschermen tegen personenschade enerzijds en normen waarmee beoogd is te beschermen tegen zaakschade anderzijds. De normen

108 HR 2 november 1979, *NJ* 1980/77 m.nt. G.J. Scholten (*Vader Versluis*).

109 HR 13 november 1987, *NJ* 1988/210 m.nt. W.C.L. van der Grinten (*AGO/NCB*), rov. 3.3.

110 HR 25 mei 1990, *NJ* 1990/577 (*Boukes/Schuurmans*), rov. 3.1.

111 HR 10 februari 2017, *NJ* 2018/115 (*Avi/Van Adrighem*), rov. 4.1.3.

waar het hier om gaat beogen in het algemeen te beschermen tegen fysieke gevaren, die zowel op personen als zaken kunnen inwerken.¹¹²

Overige normen: normen waarmee beoogd is te beschermen tegen zuivere vermogensschade

228. Ingeval met een norm beoogd is te beschermen tegen zuivere vermogensschade, is het mijns inziens niet zinvol te zeggen dat vanwege deze beoogde bescherming beperkter dient te worden toegerekend. Men zou wellicht kunnen menen dat het gegeven dat met de norm beoogd is te beschermen tegen zuivere vermogensschade, ertoe leidt dat hogere eisen aan de waarschijnlijkheid of voorzienbaarheid van de veroorzaakte schade dienen te worden gesteld. De hiervoor genoemde jurisprudentie van de Hoge Raad biedt voor een dergelijke opvatting enige steun. Normen waarmee beoogd wordt te beschermen tegen zuivere vermogensschade gelden, anders dan normen die tegen personenschade en zaakschade beogen te beschermen, in het algemeen niet reeds als er een geringe kans is op schade en die schade nog op allerlei manieren kan ontstaan. Doorgaans zal daarom de schade die het gevolg is van een norm waarmee beoogd is te beschermen tegen zuivere vermogensschade, waarschijnlijker en beter voorzienbaar zijn dan schade die het gevolg is van de schending van een verkeers- of veiligheidsnorm. Niettemin zijn er allerlei situaties waarin ten gevolge van de schending van een norm waarmee beoogd is te beschermen tegen zuivere vermogensschade dergelijke schade ontstaat en de kans daarop zeer gering was, terwijl die schade toch kan worden toegerekend.

Te denken valt aan het in § 4.2.3 gegeven voorbeeld van de verzekeringsmakelaar die een fout maakt bij het afsluiten van een brandverzekering voor een kantoorgebouw, met als gevolg dat na het afbranden van het kantoorgebouw geen verzekeringsuitkering wordt verkregen. Ook valt te denken aan de in § 7.2.2 behandelde zaak *Dicky/Trading I*¹¹³ waarin een notaris bij de verkoop van onroerend goed niet de verkoper waarschuwt voor het risico op niet-verhaalbaarheid van de koopprijs op de koper. Voorts valt te denken aan de in § 7.5.2 besproken situatie waarin een verkoper van een woning de verplichting tot levering toerekenbaar niet nakomt, de koper een vergelijkbare andere woning koopt maar daarvoor door een ongekennde, niet te voorziene, prijsstijging aanmerkelijk meer betaalt. In elk van deze situaties is de schade zoals geleden onwaarschijnlijk en/of onvoorzienbaar en/of buiten de normale lijn van verwachtingen liggend, maar doet dat er bij de schadetoerekening niet toe omdat met de geschonden norm beoogd is te beschermen tegen de schade zoals geleden.

Deze voorbeelden tonen naar mijn mening aan, dat het niet zinvol is om ingeval met een norm beoogd is te beschermen tegen zuivere vermogensschade met het deeloordeel te werken dat minder dient te worden toegerekend en/of om hogere eisen aan de waarschijnlijkheid of de voorzienbaarheid van de schade te stellen

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

113 HR 18 december 1992, *NJ* 1994/91 m.nt. E.A.A. Luijten (*Dicky Trading I*).

en/of te verlangen dat de schadegevolgen in de normale lijn van verwachtingen liggen.¹¹⁴

Ook tonen deze voorbeelden naar mijn mening aan dat, om te kunnen verklaren dat de schade in de gegeven situaties dient te worden toegerekend, de door de geschonden norm beoogde bescherming preciezer dan in de deelregelbenadering gebeurt, dient te worden vastgesteld. In deze voorbeeldsituaties kan namelijk niet alleen worden gezegd dat met de norm beoogd is tegen zuivere vermogensschade te beschermen. Ook laat zich in deze situaties vaststellen dat met de geschonden norm beoogd is de persoon van de gelaedeerde te beschermen tegen het soort schade zoals geleden en tegen de wijze waarop deze schade is ontstaan. Op die grond kan de schade worden toegerekend. Waar men slechts, zoals in de deelregel, minder nauwkeurig vaststelt dat met de geschonden norm beoogd is te beschermen tegen zuivere vermogensschade, laat zich naar ik meen in de deelregelbenadering niet verklaren waarom in de beschreven situaties de schade, waarvan het ontstaan onwaarschijnlijk en/of onvoorzienbaar was, kan worden toegerekend.

Overige normen: normen waarmee beoogd is te beschermen tegen immateriële schade

229. Om in het geval van immateriële schade met het deeloordeel te werken dat minder dient te worden toegerekend, is mijns inziens ook weinig behulpzaam. Indien met een norm slechts beoogd is te beschermen tegen immateriële schade, zal andersoortige schade in het algemeen niet aan het doel van de geschonden norm beantwoorden waardoor daarom geen aansprakelijkheid van deze schade bestaat. Ontstaat ten gevolge van schending van een norm met deze strekking immateriële schade, dan bestaat mijns inziens geen reden om deze schade, voor zover zij gelet op art. 6:106 BW voor vergoeding in aanmerking komt, beperkt toe te rekenen.

Naar een meer genuanceerde benadering van het doel van de geschonden norm

230. Naar ik meen, kan de met de geschonden norm beoogde bescherming bij de schadetoerekening een aanmerkelijk gelukkiger rol worden gegeven. Brunner benaderde het doel van normen tamelijk grofstoffelijk. Hij onderscheidde slechts vier mogelijke doelen van normen: het voorkomen van ongevallen, het voorkomen van zaakschade, het voorkomen van zuivere vermogensschade en het voorkomen van immateriële schade. Deze beperkte opvatting over het doel van normen verklaart wellicht ook waarom Brunner de deelregel in verband met de strekking van de geschonden norm pas als derde deelregel naar voren bracht.

In het algemeen kan de door de geschonden norm beoogde bescherming scherper in beeld worden gebracht, door te bepalen welke groep personen met deze norm beoogd is te beschermen en tegen welke soort schade en welke wijze van ontstaan. In hoofdstuk 7 zal deze benadering het startpunt vormen voor het

¹¹⁴ Met dien verstande dat het stellen van dergelijke hogere eisen niet werkbaar is omdat men dan tegen het probleem aanloopt dat al deze eigenschappen afhangen van de wijze waarop de schade wordt beschreven, zie nader § 4.3.2.

oplossen van de toerekeningsproblematiek. Ik zal daar betogen dat ook de Hoge Raad deze benadering volgt. Op deze wijze laat de toerekeningsproblematiek zich aanmerkelijk eenvoudiger en begrijpelijker benaderen. Wanneer schade ontstaat waarvan zich laat vaststellen dat met de geschonden norm beoogd is daartegen te beschermen, kan de schade worden toegerekend. Niet meer nodig is dan om met allerlei andere factoren rekening te houden. Indien zich niet laat vaststellen dat met de geschonden norm beoogd is te beschermen tegen de schade zoals geleden, is beslissend of de schadesituatie zodanig overeenkomt met schadesituaties waartegen met de geschonden norm wel beoogd is te beschermen dat de redelijkheid vergt dat ook de veroorzaakte schade vergoed dient te worden.

4.5.3 *De mate van schuld*

231. De mate van schuld van de laedens is de relevante factor bij de tweede deelregel in het kader van de aard van de aansprakelijkheid:

Aansprakelijkheid zonder schuld geeft in beginsel aanleiding tot een beperkte toerekening van schade. Naarmate de schuld aan het schadeveroorzakend gebeuren zwaarder is, is ruimere toerekening van schade meer gerechtvaardigd.¹¹⁵

Brunner was overigens over de toerekening van schade bij kwalitatieve aansprakelijkheid opvallend genuanceerd:

*“Men trekke (...) niet de conclusie, dat risicoaansprakelijkheid moet leiden tot een beperkte toerekening van schade. De strekking van de bepaling waarbij risicoaansprakelijkheid werd geïntroduceerd, kan immers heel goed een ruime toekenning van schade meebrengen.”*¹¹⁶

232. In de rechtspraak van de Hoge Raad komt over de betekenis van de mate van schuld voor de toerekenbaarheid van schade, het volgende naar voren. In 1975 oordeelde de Hoge Raad in *Amercentrale*¹¹⁷ over de kwalitatieve aansprakelijkheid van de eigenaar van een bouwwerk zoals neergelegd in art. 1405 (oud) BW:

“dat (...) het voor ons recht uitzonderlijk karakter van deze aansprakelijkheid, verbonden aan het in eigendom hebben van een bouwwerk, voor zonder schuld veroorzaakte schade grond geeft voor die aansprakelijkheid een nauwer verband tussen de schade en de gebeurtenis die daartoe de aanleiding gaf – de gehele of gedeeltelijke instorting van een gebouw – te verlangen dan bij toepassing van art. 1401 kan worden geëist; (...) dat (...) de uit art. 1405 voortvloeiende aansprakelijkheid moet worden beperkt tot die vormen van schade welke als typische gevolgen van de instorting van het desbetreffende gebouw kunnen worden beschouwd en mitsdien behoren tot het normale voor een eigenaar aan een dergelijke gebeurtenis verbonden risico”.

115 Brunner 1981a, p. 215 en 234.

116 Brunner 1981a, p. 216. Voor art. 1405 (oud) BW, waar volgens Brunner “aarzeling” over de strekking bestond, kan het gelet op het uitzonderlijke karakter van risicoaansprakelijkheid volgens Brunner wel het gezichtspunt gelden dat slechts schade kan worden toegerekend waarvan aannemelijk is dat de wetgever die schade op het oog had toen hij de aansprakelijkheid schiep.

117 HR 13 juni 1975, NJ 1975/509 m.n. G.J. Scholten (*Amercentrale*).

Dat in het geval van aansprakelijkheid zonder schuld minder ruim zou moeten worden toegerekend, heeft de Hoge Raad na *Amercentrale* niet herhaald.¹¹⁸

Inmiddels heeft de Hoge Raad in zijn antwoorden op prejudiciële vragen in verband met de Groningse gaswinning geoordeeld dat voor de kwalitatieve aansprakelijkheden niet geldt dat zij slechts een beperktere toerekening rechtvaardigen; beslissend is in plaats daarvan de aard en strekking van de desbetreffende kwalitatieve aansprakelijkheid:

“De aard van de aansprakelijkheid is een van de gezichtspunten die worden betrokken bij het bepalen van de omvang van een wettelijke schadevergoedingsverplichting. Daaruit kan echter niet worden afgeleid dat de omvang van een verplichting tot vergoeding van schade die berust op een risicoaansprakelijkheid, in het algemeen kleiner of juist groter is dan die van een verplichting tot vergoeding van schade die berust op art. 6:162 BW. Welke gevolgen het heeft voor de omvang van de schadevergoedingsverplichting dat zij berust op een risicoaansprakelijkheid, hangt af van de aard en strekking van de desbetreffende risicoaansprakelijkheid.”¹¹⁹

Verder heeft de Hoge Raad geoordeeld dat onrechtmatig handelen met grove schuld een ruimere toerekening rechtvaardigt.

In X/Hoogheemraadschap Rijnland¹²⁰ oordeelde de Hoge Raad: “de omstandigheid dat X. met grove schuld onrechtmatig heeft gehandeld [rechtvaardigt] een ruimere toerekening dan waarvoor aanleiding is bij minder verwijtbaar handelen.”

233. Naar mijn mening is juist dat in het geval van opzet of grove schuld, onder omstandigheden, ruimer kan worden toegerekend. In hoofdstuk 16 zal ik dit nader uitwerken. De mate van schuld heeft mijns inziens voor het overige geen betekenis voor de toerekenbaarheid van schade. In het navolgende werk ik dit eerst uit voor de normschendende gedragingen en vervolgens voor de kwalitatieve aansprakelijkheden.

De mate van schuld aan normschendende gedragingen

234. Is voor de schadetoerekening van belang de mate van schuld aan de gedraging? In de literatuur bestaat over het antwoord op deze vraag, toegespitst op de situatie van de onrechtmatige daad, verschil van mening.

Enerzijds hebben Bloembergen en Klaassen op deze vraag een ontkennend antwoord gegeven. Bloembergen was van mening dat met de zwaarte van de schuld in het algemeen geen rekening gehouden diende te worden bij toerekening van schade. Wel zou volgens hem de schuldgraad in het kader van de matiging van de schadevergoeding eventueel een rol kunnen spelen. Slechts indien sprake is van opzettelijk toegebrachte schade bestond volgens Bloembergen aanleiding

118 Omgekeerd heeft de Hoge Raad in HR 25 april 2008, *NJ* 2008/262 (*Frieslandhal*) niet de hem geboden mogelijkheid (zie onderdeel 5 van het cassatiemiddel) aangegrepen om te oordelen dat bij de kwalitatieve aansprakelijkheid voor kinderen die de leeftijd van veertien jaren nog niet hebben bereikt (art. 6:169 BW) niet beperkt dient te worden toegerekend.

119 HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278 (*X/NAM*), rov. 2.4.2.

120 HR 25 maart 2011, *NJ* 2011/139 (*X/Hoogheemraadschap Rijnland*), rov. 3.6.6. In HR 19 december 2003, *NJ* 2004/348 (*Onrechtmatige vervolging*), rov. 4.4.3 had de Hoge Raad al geoordeeld dat het gegeven dat geen sprake is van opzet van de laedens mag worden meegewogen in het kader van art. 6:98 BW.

ruimer toe te rekenen. Bloembergen voorzag zijn standpunt niet van argumentatie.¹²¹ Klaassen schreef dat de mate van schuld niet tot beperkter toerekenen van schade kan leiden, maar wel een argument voor ruimere toerekening kan zijn. Volgens Klaassen is gevoelsmatig weinig tegen Brunners deelregel in te brengen. Niettemin meende zij dat waar eenmaal sprake is van een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis, het uitgangspunt is dat de volledige schade dient te worden vergoed en een geringe mate van verwijtbaarheid niet een beperkende factor kan zijn bij de toerekening. Ook Klaassen was van opvatting dat de mate van schuld in het kader van de matiging wel een rol zou kunnen spelen.¹²² Anderzijds lijken Schut, Nieuwenhuis en Hijma uit te gaan van het door Brunner genoemde meer-minderverband. Schut schreef dat waar de zwaarste vorm van schuld kan meewegen bij de toerekenbaarheid van schade, niet valt in te zien waarom dat voor lichtere vormen van schuld anders zou zijn.¹²³ Nieuwenhuis wees op het “*wereldwijd gedeelde gezichtspunt dat hoe zwaarder de schuld is, des te gemakkelijker het valt om de schade aan de dader toe te rekenen*”.¹²⁴ Hijma schreef dat door onder meer de mate waarin en de wijze waarop de onrechtmatige daad kan worden toegerekend – Hijma noemde dat de “*toerekeningsintensiteit*” – te bezien, de “*ontstane schadevergoedingsverbintenis zo nodig tot een rechtens passende maat terug[gesneden]*” kan worden.¹²⁵

De gedachte dat naarmate de schuld van de laedens groter is, meer veroorzaakte schade kan worden toegerekend, en – omgekeerd – minder veroorzaakte schade kan worden toegerekend naarmate minder schuld bestaat, lijkt aan te sluiten bij de basale notie dat consequenties die aan een wandaad verbonden dienen te worden in een zekere verhouding tot de ernst van die wandaad dienen te staan (‘oog om oog, tand om tand’). Mijns inziens heeft deze notie echter geen betekenis voor de toerekenbaarheid van schade. In hoofdstuk 7 zal ik uiteenzetten dat bij de toerekening van schade in de eerste plaats de met de norm beoogde bescherming van belang is. Indien met de norm beoogd is te beschermen tegen de schade zoals geleden, dient de veroorzaakte schade te worden toegerekend. De mate van schuld aan de normschending doet dan naar ik meen niet ter zake. Kan niet worden vastgesteld dat met de geschonden norm ook beoogd is te beschermen tegen de schade zoals geleden, dan komt groot belang toe aan de vraag of de schade zoals geleden past bij de schadesituaties waartegen met de geschonden norm wel beoogd is te beschermen. Waar het primaat voor de schadetoerekening bij het doel van de geschonden norm en het beschermingsbereik daarvan komt te liggen, bestaat er mijns inziens nog weinig ruimte om, wat Hijma noemde, de toerekeningsintensiteit mee te laten spelen. In het bijzonder doet mijns inziens voor de schadetoerekening niet ter zake de omstandigheid dat een onrechtmatige daad of wanprestatie niet op grond van schuld, maar slechts op grond van de wet, rechtshandeling of de in het verkeer geldende opvattingen kan worden toegere-

121 Bloembergen 1965, nr. 131 onder c.

122 Klaassen 2007, p. 54, 55. Klaassen 2017, nr. 38 is minder uitgesproken.

123 Schut 1978, p. 402.

124 Nieuwenhuis 2002, p. 1730. Ter onderbouwing van dit *sweeping statement* wees Nieuwenhuis, enigszins mager, slechts op één uitspraak van het House of Lords waarin wordt geoordeeld dat naar vaste rechtspraak de “*intentional wrongdoer*” zich niet erop kan beroepen dat de veroorzaakte schade niet redelijkerwijs voorzienbaar was.

125 Hijma 2002, p. 80, 81.

kend.¹²⁶ Ik heb geen jurisprudentie gevonden die mij aanleiding gaf hier anders over te denken. Veelzeggend is mijns inziens dat geen enkele auteur die heeft bepleit om de mate van schuld, of de toerekeningsintensiteit, wel van belang te laten zijn, zich op jurisprudentie of een casus heeft beroepen waaruit dat belang zou blijken. De opvatting van Bloembergen en Klaassen houd ik aldus voor juist.

Kwalitatieve aansprakelijkheid

235. In de literatuur wordt ook (nog) verschillend gedacht over het antwoord op de vraag of voor de schadetoerekening van belang is het gegeven dat aansprakelijkheid bestaat vanwege een bepaalde kwaliteit van de laedens (zoals geregeld in art. 6:169 t/m 6:179 BW).

Bloembergen, Boonekamp, Giesen, Hartlief, Klaassen, Van Schellen en Spier hebben bestreden dat het enkele gegeven dat sprake is van kwalitatieve aansprakelijkheid op zichzelf reden is beperkter toe te rekenen. Bloembergen verdedigde in zijn dissertatie, ruim voordat *Amercentrale* gewezen werd, dat bij de toerekening van schade niet van belang dient te zijn of sprake is van kwalitatieve aansprakelijkheid.¹²⁷ Boonekamp lijkt *Amercentrale* achterhaald te vinden.¹²⁸ Giesen wees erop dat diverse kwalitatieve aansprakelijkheden juist zijn bedoeld om, vanuit het oogpunt van slachtofferbescherming, vergoeding van schade te vereenvoudigen en die ratio niet door beperktere toerekening mag worden beknót.¹²⁹ Hartlief schreef dat kwalitatieve aansprakelijkheid al lang niet meer een uitzonderlijke vorm van aansprakelijkheid is. Leidraad dient volgens hem de strekking van de betrokken aansprakelijkheid te zijn. Waar de kwalitatieve aansprakelijkheid is gericht op bescherming van lijf en goed, ligt zijns inziens voor de hand om wel beperkter toe te rekenen bij bijzondere vormen van zaakschade of zuivere vermogensschade.¹³⁰ Klaassen achtte geen goede grond aanwezig om bij de toerekening van schade onderscheid te maken tussen aansprakelijkheid gebaseerd op schuld en kwaliteit en ook niet om in het laatste geval beperkter toe te rekenen.¹³¹ Van Schellen wees erop dat kwalitatieve aansprakelijkheid niet bijzonder meer is en de met deze aansprakelijkheden beoogde slachtofferbescherming niet doorkruist dient te worden,¹³² en dat bovendien het aanvaarden van speciale regels voor toerekening bij kwalitatieve aansprakelijkheid leidt tot nodeloze fragmentatie van de dogmatiek.¹³³ Spier schreef dat de enkele omstandigheid dat het om een kwalitatieve aansprakelijkheid gaat, niet zonder meer een argument oplevert voor beperking van de toerekening¹³⁴ en dat “naar meer gangbare opvattingen (...) schade niet licht buiten de toerekeningsboot (van art. 6:98 BW) [zal] vallen. Ook (zelfs) niet wanneer sprake is van een risico-aansprakelijkheid”.¹³⁵ Brunner meende, als gezegd, in weerwil van de uitleg die later aan zijn deelregels gegeven werd, dat risicoaanspra-

126 Opmerking verdient dat Hartkamp en Sieburgh betogen dat schuld als toerekeningsgrond bij de onrechtmatige daad subjectief dient te worden opgevat. Indien zich slechts objectieve schuld laat vaststellen, dan kan volgens hen de onrechtmatige daad niet worden toegerekend op de grond dat zij aan de schuld van de laedens te wijten is (Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015, nr. 106). Toepassing van Brunners deelregels doet dan de vraag rijzen of bij objectieve schuld minder dient te worden toegerekend dan bij subjectieve schuld. Mijns inziens bestaat er geen reden om op dit stuk bij de schadetoerekening allerlei nuances te gaan maken.

127 Bloembergen 1965, nr. 130 sub e.

128 Boonekamp 2002, p. 41.

129 Giesen 2002, p. 448, 449; Giesen 2008, p. 563-565.

130 Hartlief 2002, p. 11.

131 Klaassen 2017, nr. 38. Zie ook: Klaassen 1991, p. 282 en Klaassen 1996, p. 229.

132 Van Schellen 1985a, nr. 168 e.v.

133 Van Schellen 1979, p. 354.

134 Conclusie vóór HR 25 april 2008, *NJ* 2008/262 (*Frieslandhal*), § 4.28.

135 Conclusie vóór HR 29 april 2011, *NJ* 2011/191 (*Bouwcombinatie BR-4/Liander*), § 3.42.1.

kelijkheid op zichzelf niet tot beperktere toerekening diende te leiden, maar steeds gekeken diende te worden naar het doel en de strekking van de bepaling.¹³⁶

In vooral oudere literatuur is door Langemeijer,¹³⁷ Neleman,¹³⁸ Nieuwenhuis¹³⁹ en Sterk¹⁴⁰ op grond van met name *Amercentrale* beoogd dat in het algemeen in het geval van kwalitatieve aansprakelijkheid beperkter dient te worden toegerekend. Deze auteurs meenden dat elke kwalitatieve aansprakelijkheid zo'n uitzonderlijk karakter had dat slechts beperktere toerekening kon worden gerechtvaardigd. Hartkamp en Sieburgh bevonden zich aanvankelijk ook in dit kamp, maar hun opvatting is sinds 2009 aan het verschuiven. In 2009 beoogden zij onder verwijzing naar *Amercentrale* dat het 'voor ons recht uitzonderlijke karakter' van kwalitatieve aansprakelijkheden rechtvaardigt om een nauwer verband te verlangen en daarmee een beperktere toerekening, zij het dat hierop volgens hen een uitzondering moet worden gemaakt wanneer de kwalitatieve aansprakelijkheid uitdrukkelijk strekt tot een ruime toerekening.¹⁴¹ In 2013 beoogden zij dat op genoemde regel "in elk geval" laatstgenoemde uitzondering gemaakt dient te worden.¹⁴² In 2017 benadrukte Sieburgh dat "onder het oude recht" is geoordeeld dat kwalitatieve aansprakelijkheid een uitzonderlijk karakter had en dat de regel dat bij kwalitatieve aansprakelijkheid een nauwer verband is vereist niet "onverkort opgaat".¹⁴³

236. Het standpunt dat louter omdat de laedens vanwege een bepaalde kwaliteit van hem aansprakelijk is en geen schuld heeft, veroorzaakte schade beperkter dient te worden toegerekend, kan mijns inziens als verouderd en onjuist worden beschouwd. De regel uit *Amercentrale* berust op het uitzonderlijke karakter van de kwalitatieve aansprakelijkheid van art. 1405 (oud) BW. In ons huidige burgerlijk wetboek is mijns inziens van zo'n bijzonder karakter van kwalitatieve aansprakelijkheid geen sprake meer. Onderkend is integendeel dat bepaalde kwalitatieve aansprakelijkheden nauw samenhangen met aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad.¹⁴⁴ Naar ik meen, verlangen de hanteerbaarheid en consistentie van het recht om bij aansprakelijkheid vanwege een kwaliteit schade op eenzelfde wijze toe te rekenen als bij aansprakelijkheid vanwege het schenden van een norm. Ook in het geval van kwalitatieve aansprakelijkheid ligt bij de schade-toerekening het primaat bij de schade waartegen met de kwalitatieve aansprakelijkheid beoogd wordt te beschermen, en komt het bij de schadetoerekening mijns inziens in de eerste plaats erop aan of juist die schade is veroorzaakt of dat de veroorzaakte schade daarmee voldoende gelijkenis vertoont.¹⁴⁵ Naar ik meen sluit de in *X/NAM*¹⁴⁶ door de Hoge Raad naar voren gebrachte opvatting hierbij aan.

136 Brunner 1981a, p. 215, 216.

137 Langemeijer 1981, p. 118.

138 Neleman 1987, p. 49.

139 Nieuwenhuis 1983, p. 581, en zie ook nog Nieuwenhuis 2013, p. 129.

140 Sterk 1994, p. 272 e.v.

141 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2009, nr. 65.

142 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II 2013, nr. 65.

143 Asser/Sieburgh 6-II 2017, nr. 65.

144 Zie voor de kwalitatieve aansprakelijkheid voor opstellen: HR 17 december 2010, *NJ* 2012/155 m.nt. T. Hartlief (*Hoogheemraadschap Amstel/Ronde Venen*) en HR 7 oktober 2016, *NJ* 2017/73 m.nt. J. Spier (*Vennemans/Nijmegen*).

145 Tegen welke schade de diverse kwalitatieve aansprakelijkheden beogen te beschermen, wordt in § 7.4 ingegaan.

146 HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278 (*X/NAM*), rov. 2.4.2.

In verband met de verschillende kwalitatieve aansprakelijkheden voor personen kunnen bovendien aan het samenlopen van de aansprakelijkheid van degene voor wie kwalitatieve aansprakelijkheid bestaat en de aansprakelijkheid van de kwalitatief aansprakelijke, nog de volgende argumenten worden ontleend. Het niet als onrechtmatige daad kunnen toerekenen van een gedraging van kinderen onder de veertien jaar (art. 6:169 lid 1 BW) wordt mede gerechtvaardigd op de grond dat de ouders voor de gedragingen van zo'n kind kwalitatief aansprakelijk zijn.¹⁴⁷ Dit gegeven is mijns inziens te meer reden om waar ouders voor kinderen van deze leeftijd kwalitatief aansprakelijk zijn, niet beperkter toe te rekenen. In het geval van de art. 6:170 BW-aansprakelijkheid voor ondergeschikten geldt mijns inziens dat bij de aansprakelijkheid van de werkgever in beginsel ten minste dezelfde schade kan worden toegerekend als bij de aansprakelijkheid van de werknemer. Op grond van art. 6:170 lid 3 BW wordt namelijk in de onderlinge verhouding tussen werkgever en werknemer de schade in beginsel, en behoudens opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer, geheel bij de werkgever gelegd. Hierbij zou niet aansluiten om bij de aansprakelijkheid van de werkgever minder schade toe te rekenen dan bij aansprakelijkheid van de werknemer: de werknemer heeft voor dat meerdere dan geen verhaal op de werkgever. In het algemeen lijkt mij daarvoor geen rechtvaardiging te bestaan. De kwalitatieve aansprakelijkheid voor de niet-ondergeschikte (art. 6:171 BW) wordt erdoor gerechtvaardigd dat de eenheid van onderneming ertoe leidt, zoals Hartkamp en Sieburgh het formuleren, dat "[v]anuit de benadeelde bezien [de keuze van de opdrachtgever om werkzaamheden al dan niet uit te besteden] een toevallige omstandigheid [is], waarvan zijn rechtspositie niet afhankelijk mag zijn, te meer daar voor hem moeilijk kan zijn aan te tonen door wie van verschillende door de wederpartij ingeschakelde personen schade is toegebracht".¹⁴⁸ Deze gedachte doet ook voor de hand liggen de opdrachtgever tot hetzelfde bedrag aansprakelijk te houden als de niet-ondergeschikte.

237. Naast de in de wet geregelde kwalitatieve aansprakelijkheden, is het mogelijk dat een onrechtmatige daad in het maatschappelijk verkeer als een onrechtmatige daad van een ander dan de feitelijke pleger van de daad heeft te gelden.¹⁴⁹ Ook in zo'n geval heeft degene aan wie de daad van een ander wordt toegerekend feitelijk geen schuld. Wel wordt met de fictie gewerkt dat de daad van de één (ook) als de daad van een ander heeft te gelden. Mijns inziens ligt voor de hand om ook bij de schadetoerekening van die fictie uit te gaan. Als uitgangspunt kunnen dan de gewone regels voor de schadetoerekening worden gevolgd.

4.5.4 De aard van de activiteit

238. De aard van de activiteit die de schade veroorzaakt, is de relevante factor bij de derde deelregel in het kader van de aard van de aansprakelijkheid:

Schade die is veroorzaakt in de uitoefening van een bedrijf kan ruimer worden toegerekend. Als schade in de uitoefening van een beroep is veroorzaakt, dan is dat een neutrale omstandigheid. Minder ruim kan worden toegerekend schade die is veroorzaakt in het kader van het privéleven van particulieren.¹⁵⁰

147 Parl. Gesch. Boek 6, p. 647 (T.M.).

148 Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015, nr. 199. Zie ook: Parl. Gesch. Boek 6, p. 712 e.v. 719 e.v. en 728 e.v.

149 HR 6 april 1979, NJ 1980/34 m.nt. C.J.H. Brunner (*Kleuterschool Babel*).

150 Brunner 1981a, p. 234.

239. Brunner onderbouwde deze regel niet aan de hand van jurisprudentie en noemde haar speculatief.¹⁵¹ Ook na Brunners publicatie is de regel niet in haar algemeenheid door de Hoge Raad bevestigd.¹⁵²

240. In de literatuur bestaat enig verschil van mening of de aard van de activiteit relevant is bij de toerekening van schade. Sieburgh lijkt Brunners deelregels in het algemeen en deze regel in het bijzonder te onderschrijven.¹⁵³ Neleman kon zich in deze regel vinden.¹⁵⁴ Klaassen¹⁵⁵ en Holthuijsen-Van der Kop¹⁵⁶ zijn van mening dat deze regel niet geldt. Bij deze laatste auteurs sluit ik mij aan. Ik heb voor deze regel geen steun in de jurisprudentie kunnen vinden. Ook is zij minder goed ermee te rijmen dat, zoals ik in dit boek zal betogen, bij de schadetoerekening het primaat dient te liggen bij de met de geschonden norm beoogde bescherming. Slechts in uitzonderlijke omstandigheden kan een heel bijzondere aard van de activiteit voor de schadetoerekening wellicht mogelijk van belang zijn.

4.6 De aard van de schade

241. De aard van de schade is de relevante factor in de vierde deelregel:

Schade door dood of verwonding wordt eerder toegerekend dan zaakschade, in beide gevallen bestaat wel reden om ruim toe te rekenen. Als schade bestaat uit extra kosten en uitgaven is dat een aanwijzing noch voor ruimere toerekening, noch voor beperktere toerekening. Als schade bestaat in de derving van winst of immateriële schade, dan is dat reden voor beperktere toerekening.¹⁵⁷

242. De aard van de schade is volgens art. 6:98 BW een relevante factor voor de toerekenbaarheid van de schade. De Hoge Raad heeft in zijn jurisprudentie herhaaldelijk de formulering van art. 6:98 BW overgenomen.¹⁵⁸ Niet komt in die jurisprudentie naar voren welke betekenis de aard van de schade heeft.

Het door de wet noemen van de aard van de aansprakelijkheid heeft de volgende achtergrond. Voor Köster waren de aard van de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust en de aard van de schade de twee coördinaten waarbij een algemene redelijkheidsregel van schadetoerekening gevonden diende te worden. In zaken van gelijke “geaardheid” zou volgens hem eenzelfde regel gelden. Köster achtte de factor de aard van de schade noodzakelijk om in gevallen waarin een keten van gelaedeerden ontstaat tot een bevredigende begrenzing van aansprakelijkheid te ko-

151 Brunner 1981a, p. 233.

152 Evenzo Klaassen 1991, p. 286 en Holthuijsen-van der Kop 2015, p. 523. Eventueel zou in dit verband gedacht kunnen worden aan HR 10 februari 2017, *NJ* 2018/115 (*Avi/Van Adrighem*) waarin de Hoge Raad oordeelde dat “de omstandigheid dat de contractspartij bij de tekortkoming waarvoor aansprakelijkheid bestaat, niet uit eigen belang heeft gehandeld van belang kan zijn bij de beantwoording van de vraag welk verband in de omstandigheden van het geval is te eisen;” (rov. 4.2.2). Het ging in deze zaak in zoverre om de aard van de activiteit nu van belang kon zijn dat sprake was van een activiteit die niet in eigen belang werd verricht. Zie over deze zaak nader: nr. 516.

153 Asser/Sieburgh 6-II 2017, nr. 64, 65.

154 Neleman 1987, p. 43 e.v.

155 Klaassen 1991, p. 286, Klaassen 2017 noemt deze factor niet meer.

156 Holthuijsen-van der Kop 2015, p. 523.

157 Brunner 1981a, p. 216 en 234.

158 Zie nr. 110.

men. Köster deed dat door in deze gevallen van ‘afgeleide schade’ te spreken en te oordelen dat men dergelijke schade in het algemeen zelf dient te dragen volgens algemene beginselen van redelijkheid.¹⁵⁹

In het gewijzigd ontwerp zijn de aard van de aansprakelijkheid en de aard van de schade als relevante factoren voor de toerekening van de schade opgenomen. In de memorie van antwoord wordt ter toelichting als voorbeeld genoemd dat letselschade als gevolg van het neerstorten van delen van een gebrekkige opstal eerder in voldoende verband zal staan met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust dan bedrijfsschade geleden doordat een ander in verband met de instorting niet van een aangrenzend perceel gebruik heeft kunnen maken. “*Artikel [het ontwerp voor art. 6:174 BW] heeft immers veeleer het oog op het gevaar van schade die door de gebrekkigheid van de opstal aan personen en zaken worden toegebracht, dan op het gevaar voor mogelijke bedrijfsschade*”, zo vermeldt de memorie van antwoord daarbij. Ook wordt in de memorie van antwoord erop gewezen dat onrechtmatige aantasting van de eer of goede naam eerder voldoende verband vertoont met immateriële schade dan met schade die ontstaat doordat de gelaaide in een onbeheerste reactie een zaak vernielt.¹⁶⁰

243. In de deelregel schuilt naar mijn mening een zekere kern van waarheid.¹⁶¹ Niettemin is het mijns inziens ongelukkig om aan de aard van de schade op zichzelf al een deeloordeel over de mate van toerekenbaarheid van die schade te verbinden. Alleen namelijk in het licht van de door de geschonden norm beoogde bescherming, heeft naar mijn mening de aard van de schade zoals geleden betekenis bij de toerekening van schade. Steeds dient mijns inziens onderzocht te worden of de schade zoals geleden past bij de door de geschonden norm beoogde bescherming. Indien men dit verband doorknipt ontstaan enerzijds doublures in het beoordelingskader terwijl anderzijds het beoordelingskader in allerlei situaties in de verkeerde richting wijst. Dit licht ik nu nader toe.

244. Indien sprake is van door de schending van een verkeers- en veiligheidsnormen veroorzaakte overlijdens- of letselschade, dan kan dergelijke schade ruim worden toegerekend.¹⁶² In deze gevallen is het niet nodig om afzonderlijk aan de aard van de schade een conclusie over de toerekenbaarheid te verbinden.

245. Het aan de aard van de schade verbinden van een conclusie over de toerekenbaarheid ervan, leidt in de volgende situaties tot een conclusie die in de verkeerde richting wijst. In de eerste plaats kan gedacht worden aan de situatie waarin met de geschonden norm primair beoogd is te beschermen tegen zuivere vermogensschade, maar als gevolg van de schending van deze norm letselschade ontstaat.

Wanneer bijvoorbeeld iemand een nieuwe smartphone heeft gekocht, het apparaat defect blijkt en daarom naar de winkel wordt teruggebracht, de koper daarbij op straat struikelt en letsel oploopt, bestaat er causaal verband tussen de non-conformiteit en het letsel. Als de aanspraak op

159 Köster 1963, p. 20.

160 Parl. Gesch. Boek 6, p. 345 (M.v.A. II).

161 Om goede redenen wordt in ons rechtsstelsel ook sneller een ongeschreven norm van maatschappelijke betamelijkheid aangenomen indien het risico van dood of letsel bestaat dan indien het risico op zuivere vermogensschade aanwezig is, zie nr. 360.

162 Zie nr. 221 t/m 224.

vergoeding van door het letsel veroorzaakte schade al niet zou stranden op het relativiteitsvereiste, dan kan dit letsel naar ik meen (evident) niet worden toegerekend. Het is niet behulpzaam om te zeggen dat letselschade wel ruim dient te worden toegerekend.

In de tweede plaats kan gedacht worden aan de schending van een norm waarmee beoogd is te beschermen tegen het derven van winst (inkomsten), en als gevolg van de schending van die norm juist winst wordt gederfd.

In § 4.2.3 gaf ik het voorbeeld van de verzekeringsmakelaar die tekortschiet in de nakoming van zijn opdracht een verzekering tot stand te brengen met als gevolg dat geen verzekeringsuitkering wordt verkregen nadat een kantoorgebouw is afgebrand. De schade die het gevolg is van het tekortschieten kwalificeert als gederfde winst. Ook hier is het niet behulpzaam om bij de toerekening van deze schade te zeggen dat zij naar haar aard beperkt dient te worden toegerekend.

In de derde plaats kan gedacht worden aan de schending van een norm waarmee beoogd is te beschermen tegen immateriële schade, en als gevolg van de schending van die norm zowel immateriële schade als zaakschade ontstaat.

Zoals in nr. 242 besproken, wordt in de memorie van antwoord bij het gewijzigd ontwerp, mijns inziens terecht, als voorbeeld naar voren gebracht dat bij onrechtmatige aantasting van de eer of goede naam eerder voldoende verband bestaat met immateriële schade dan met schade die ontstaat doordat de gelaedeerde in een onbeheerste reactie een zaak vernielt. Ook hier is het niet behulpzaam om te zeggen dat immateriële schade minder snel toerekenbaar is dan zaakschade.

Mijn conclusie is dat het niet zinvol is om aan de aard van de schade een deellootdeel te verbinden over de toerekenbaarheid van die schade. Steeds dient de schade zoals geleden op het doel van de geschonden norm betrokken te worden.

246. Overigens signaleerde Brunner, in navolging van Köster, terecht dat als een keten van gelaedeerden ontstaat, de gehoudenheid tot schadevergoeding van de laedens doorgaans op enig punt dient te worden begrensd en bepaalde gelaedeerden die enkel winst derven dan geen aanspraak meer hebben op vergoeding daarvan. In hoofdstuk 10 zet ik uiteen dat de begrenzing van aansprakelijkheid zich beter laat bereiken door te onderzoeken of jegens die gelaedeerden een zorgvuldigheidsnorm is geschonden op grond waarvan wel of geen aanspraak op vergoeding van de gederfde winst bestaat.

4.7 De draagkracht van de laedens en de gelaedeerde

247. De draagkracht van de laedens en van de gelaedeerde is de factor in de laatste deelregel:

Is de laedens draagkrachtig, heeft hij een dekkingbiedende aansprakelijkheidsverzekering of is de gelaedeerde niet draagkrachtig, dan kan gemakkelijker worden toegerekend. Andersom kan

minder snel worden toegerekend wanneer de laedens niet draagkrachtig is, of de gelaedeerde juist draagkrachtig is dan wel een dekkingbiedende schadeverzekering heeft.¹⁶³

Brunner plaatste in zijn schema bij deze regel een vraagteken en was op dit punt voorzichtig. Volgens hem was “*moeilijk te beantwoorden*” of wederzijdse draagkracht van invloed behoort te zijn op de toerekening. Beslissingen hierover, zo signaleerde Brunner, ontbraken. Tevens wees Brunner op de matigingsbevoegdheid in het nieuwe burgerlijk wetboek. Naar Brunners oordeel wilde de wetgever met die matigingsbevoegdheid juist voorkomen dat rechters via oneigenlijke wegen, zoals via het causaliteitsvereiste, de schadetoerekening of de eigenschuldregeling, de schadevergoedingsverplichting zouden beperken. Volgens Brunner zal de bedoeling van de wetgever zijn dat de draagkracht slechts een rol in de matiging zal mogen spelen. Niettemin achtte Brunner “*twijfelachtig*” of de rechter in het kader van de schadetoerekening aan draagkrachtfactoren niet toch een zeker gewicht zal hechten.¹⁶⁴

248. Voor deze deelregel heb ik geen steun kunnen vinden in de jurisprudentie van de Hoge Raad.¹⁶⁵ In de literatuur is de regel bestreden en is vrij algemeen betoogd dat draagkrachtfactoren in het kader van de matiging van de schadevergoedingsverplichting (art. 6:109 BW) een rol dienen te spelen.¹⁶⁶ Op grond van art. 6:109 BW is slechts ruimte voor matiging op grond van de draagkracht van partijen indien toekenning van volledige schadevergoeding tot “*onaanvaardbare gevolgen*” zou leiden. Naar ik meen zou het met deze hogere, door art. 6:109 BW opgeworpen drempel in strijd zijn om bij de schadetoerekening met draagkrachtfactoren rekening te mogen houden.¹⁶⁷

4.8 Samenvatting

249. Nadat de Hoge Raad in *Waterwingebied Leeuwarden* was omgegaan en in het gewijzigd ontwerp een door Köster geïnspireerde toerekeningsformule was opgenomen, rees de vraag op welke omstandigheden het bij de schadetoerekening aankwam en aan de hand van welke regels over de toerekening geoordeeld zou moeten worden. Brunner publiceerde tien jaar na dit arrest een systeem van

163 Brunner 1981a, p. 213 en 234.

164 Brunner 1981a, p. 235.

165 Met dien verstande dat bij de schending van een verkeers- of veiligheidsnorm veroorzaakte schade ruim wordt toegerekend en onder meer in deze gevallen de aansprakelijkheid van de laedens doorgaans door een verzekering gedekt is. Sprake is hier van een ‘kip of ei’-probleem: wordt deze aansprakelijkheid doorgaans verzekerd omdat zij omvangrijk kan zijn, of is deze aansprakelijkheid soms omvangrijk omdat zij toch verzekerd is (of beide).

166 Bloembergen 1965, nr. 131 sub b; Neleman 1987, p. 42 e.v.; Asser/Sieburgh 6-II 2017, nr. 64 t/m 66 vermeldt bij de behandeling van Brunners deelregels, deze deelregel niet. Köster 1963, p. 14 en 17 en 18 meende dat van belang was bij de toerekening mee te wegen “*de onevenredig zware last, welke voor de aangesproken partij mede gelet op de financiële positie van de benadeelde, uit de schadevergoedingsverplichting kan voortvloeien*”. In deze formulering ligt besloten dat deze factor slechts in uitzonderlijke situaties van belang is. Köster gaf hiermee dus in wezen een regel vergelijkbaar met het huidige art. 6:109 BW.

167 Waar de gelaedeerde een schade- of sommenverzekering heeft die vanwege de door de aansprakelijkheidschepende gebeurtenis of de daardoor ontstane situatie aan hem aanspraak op een uitkering geeft, rijst de vraag of en in hoeverre de gelaedeerde vanwege het verkrijgen van deze uitkering nog schade heeft dan wel of de uitkering een voordeel is dat in mindering dient te worden gebracht op de schadevergoedingsverplichting van de laedens. De Hoge Raad heeft in HR 1 oktober 2010, NJ 2013/81 m.nt. T. Hartlief (*Verhaeg/Jenniskens*) een genuanceerd de benadering voor deze situatie voorgeschreven.

deelregels om de toerekenbaarheid van veroorzaakte schade te beoordelen. In de doctrine wordt veelal instemmend naar deze deelregelbenadering verwezen. De vraag rijst hoe deze methode als geheel, de daarin gelegde verbanden en het hanteren van bepaalde factoren inmiddels gewaardeerd dient te worden (§ 4.1).

Brunner stelde voorop dat het nodig was om voor verschillende categorieën gevallen tot houvastbiedende regels te komen. Op basis van de rechtspraak van de Hoge Raad, diverse wettelijke bepalingen, opvattingen in de literatuur, rechtsvergelijkende gegevens en speculatie, kwam Brunner tot enkele deelregels. Brunner bepleitte om bij de beoordeling van de toerekenbaarheid van schade voor diverse in zijn opvatting relevante factoren tot een deelloordeel te komen, deze deelloordenen vervolgens af te wegen en zo tot een oordeel over de schade-toerekening te komen. Brunner zag zijn systeem niet als eindstation; hij meende dat in de rechtspraak uiteindelijk tot de noodzakelijke houvastbiedende regels voor verschillende categorieën gevallen gekomen diende te worden. De Hoge Raad heeft de deelregelbenadering niet uitdrukkelijk toegepast of haar toepassing gesanctioneerd. Wel heeft hij van enkele door Brunner gehanteerde factoren geoordeeld dat zij bij het toerekeningsoordeel relevant kunnen zijn. Hoewel in de literatuur veelal instemmend naar de deelregelbenadering wordt verwezen, is de methode ermee bekritiseerd dat zij geen houvast biedt en recent is zij als achterhaald bestempeld. Het toepassen van de deelregelmethode bleek van een eenvoudig te beantwoorden toerekeningsvraag een nauwelijks nog op te lossen mysterie te kunnen maken doordat cruciale factoren niet naar voren komen en niet-relevante omstandigheden wel naar voren worden gebracht (§ 4.2).

De eerste deelregel houdt in dat schade eerder toerekenbaar is naarmate het ontstaan ervan waarschijnlijker was, en minder snel toerekenbaar wanneer het ontstaan ervan minder waarschijnlijk was. De Hoge Raad heeft deze deelregel als zodanig niet onderschreven, maar wel geoordeeld dat de waarschijnlijkheid en voorzienbaarheid van de schade zoals geleden en of deze schade in de lijn van de normale verwachtingen lag, in het kader van de toerekening van belang kan zijn. Niet duidelijk wordt echter wanneer dat het geval is en wanneer een bepaalde mate van onwaarschijnlijkheid of onvoorzienbaarheid maakt dat veroorzaakte schade niet kan worden toegerekend. Ik betoogde dat de waarschijnlijkheid of de voorzienbaarheid van de schade zoals geleden niet bruikbaar is als toerekeningsfactor. In de eerste plaats is de mate van waarschijnlijkheid of voorzienbaarheid geheel afhankelijk van de wijze waarop die schade wordt beschreven. Ook de Hoge Raad is in deze valkuil getrapt, althans, heeft deze valkuil benut: hij bleek soms van een zodanige beschrijving van de schade uit te gaan dat hij, afhankelijk van de kennelijk door hem gewenste uitkomst, kon oordelen dat de schade wel of juist niet voorzienbaar was. De werkelijke redenen om de schade wel of niet toe te rekenen werden op deze manier verhuld. Naast dit beschrijvingsprobleem bestond een normatief probleem: in zijn algemeenheid valt niet goed in te zien waarom het gegeven dat de veroorzaakte schade relatief minder vaak als gevolg van de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis intreedt, rechtvaardigt om deze schade voor rekening van de gelaedeerde te laten (§ 4.3).

Volgens de tweede deelregel is schade eerder toerekenbaar naarmate zij dichterbij de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis ligt en minder snel toerekenbaar naarmate zij daarvan verder weg ligt. Ook ten aanzien van de factor verwijderdheid heeft de Hoge Raad geoordeeld dat zij relevant kan zijn voor de

toerekenbaarheid van schade. Ik heb betoogd dat het in het algemeen wel zo is dat waar een grens getrokken wordt tussen schade die wel en schade die niet toerekenbaar is, de wel-toerekenbare schade dichterbij ligt dan de niet-toerekenbare schade, maar dat de verwijderdheid niet een argument is in het kader van de toerekening. Richt men de focus op de verwijderdheid, dan leidt het af van het vinden van de voor de schadetoerekening wel van belang zijnde argumenten terwijl de factor verwijderdheid bovendien eenvoudig aanleiding kan geven om schade, in wezen ongemotiveerd, als ‘te ver verwijderd’ niet toe te rekenen (§ 4.4).

Ter zake van de aard van de aansprakelijkheid worden drie deelregels onderscheiden. In de eerste plaats een regel waarin de strekking van de geschonden norm de relevante factor is. In het geval van de schending van een verkeers- of veiligheidsnorm wordt veroorzaakte personen- of zaakschade in de rechtspraak van de Hoge Raad ruim toegerekend: ook schade waarvan het ontstaan onwaarschijnlijk was, of die mede werd veroorzaakt door een predispositie van de gelaedeerde, zijn persoonlijkheidsstructuur of bijzondere privéomstandigheden, of door gedragingen van derden in het herstelproces van de gelaedeerde, konden worden toegerekend. Ik betoogde dat de strekking van de geschonden norm in deze gevallen niet gold als af te wegen factor, maar dat de Hoge Raad regels had gegeven voor de categorie zaken waarin door de schending van een verkeers- of veiligheidsnorm personen- en/of zaakschade ontstaat. Ook betoogde ik dat tussen verkeers- en veiligheidsnormen die beogen te beschermen tegen letsel enerzijds en zaakschade anderzijds geen duidelijk onderscheid kan worden gemaakt en voor het maken van een dergelijk onderscheid ook geen reden bestaat. Voor de opvatting dat bij een norm waarmee beoogd is te beschermen tegen zuivere vermogensschade beperkter dient te worden toegerekend, leek in de jurisprudentie van de Hoge Raad enige basis te bestaan. Niettemin bleek dat in allerlei gevallen waarin ten gevolge van de schending van zo’n norm zuivere vermogensschade ontstond, deze schade te kunnen worden toegerekend, ook als de kans op deze schade buitengewoon gering was of het ontstaan van de schade buiten de normale lijn van verwachtingen was gelegen. Ik betoogde dat gelukkiger en ook noodzakelijk is om niet, zoals de deelregel doet, slechts vier mogelijke doelen van normen te onderscheiden, maar bij de schadetoerekening te betrekken welke groep van personen, tegen welke soorten schade en wijzen van ontstaan met de geschonden norm beoogd is te beschermen.

In de tweede plaats wordt onderscheiden de regel dat bij schade die opzettelijk is toegebracht reden bestaat tot ruime toerekening, het gegeven dat de schade aan schuld te wijten is een neutrale betekenis heeft en bij aansprakelijkheid die niet op schuld maar op risico is gebaseerd reden bestaat tot beperktere toerekening. Deze regel is niet onjuist waar zij ziet op schade die opzettelijk of met grove schuld wordt toegebracht. Ik betoogde dat zij voor het overige onjuist is en de mate van schuld voor de toerekening niet ter zake doet en in het bijzonder bij kwalitatieve aansprakelijkheid het ontbreken van schuld geen reden is om beperkter toe te rekenen: het primaat voor de toerekening ligt steeds bij de met de geschonden norm of kwalitatieve aansprakelijkheid beoogde bescherming.

In de derde plaats wordt onderscheiden de regel dat schade die is veroorzaakt bij de uitoefening van een bedrijf ruimer dient te worden toegerekend, het gegeven dat schade is veroorzaakt in de uitoefening van een beroep een voor schade-

toerekening neutraal gegeven is, en in het privéleven van particulieren veroorzaakte schade beperkt dient te worden toegerekend. In zijn algemeenheid bleek voor deze regel geen steun in de jurisprudentie van de Hoge Raad te bestaan. Ik beoordeelde deze regels als onjuist (§ 4.5).

Volgens de vierde deelregel kan schade door dood of letsel eerder worden toegerekend dan zaakschade, kan zaakschade ruim worden toegerekend, is het gegeven dat vermogensschade bestaat uit extra kosten een voor de toerekening neutraal gegeven en kan bij vermogensschade bestaande uit gederfde winst of immateriële schade beperkt worden toegerekend. Ik betoogde dat in de deelregel een zekere kern van waarheid besloten ligt, maar dat niet zinvol is om op de aard van de schade afzonderlijk een deelloordeel te baseren. Steeds dient de veroorzaakte schade te worden beoordeeld in het licht van de door de geschonden norm beoogde bescherming. De deelregel bleek tot doublures te leiden met de deelregel dat in het geval van schending van een verkeers- of veiligheidsnorm letsel-schade ruim kan worden toegerekend. Ook bleek de deelregel in allerlei gevallen in de verkeerde richting te wijzen door het niet beoordelen van de aard van de schade tegen de achtergrond van de met de geschonden norm beoogde bescherming (§ 4.6).

De vijfde deelregel houdt in dat schade ruimer kan worden toegerekend wanneer de laedens draagkrachtig is dan wel zijn aansprakelijkheid door een verzekering is gedekt of waar de gelaedeerde niet draagkrachtig is en zijn schade niet door een verzekering wordt gedekt en dat beperkter dient te worden toegerekend in de omgekeerde situatie. Voor deze deelregel heb ik geen steun in de jurisprudentie gevonden. In de literatuur wordt zij in het algemeen als onjuist aange-merkt en wordt betoogd dat een relatief geringe draagkracht van de laedens in het kader van de matiging (art. 6:109 BW) waar nodig tot beperking van de schade-vergoedingsverplichting kan leiden. Bij deze opvatting sloot ik mij aan (§ 4.7).

DEEL II

INGANGSVoorwaarden

5.1 Inleiding

250. In het vorige deel heb ik diverse verkennende en voorbereidende beschouwingen gegeven waarmee ik beoogde de weg vrij te maken voor de in dit deel en de volgende drie delen te behandelen regels aangaande de omvang van aansprakelijkheid. In het onderhavige deel behandel ik een tweetal ingangsvoorwaarden om de pleger van een toerekenbare onrechtmatige daad, een kwalitatief aansprakelijke of degene die een wanprestatie levert, voor schade aansprakelijk te kunnen houden. In dit hoofdstuk bespreek ik of de schadevergoedingsremedie voor de gelaedeerde wel aan de geschonden norm is gekoppeld. In hoofdstuk 6 behandel ik het vereiste causale verband tussen de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis en de schade.

251. In dit hoofdstuk staat de vraag centraal of – wat er ook zij van de met een norm beoogde bescherming – de gelaedeerde überhaupt wel aanspraak kan maken op gedrag conform die norm en, in het verlengde daarvan, op schadevergoeding in het geval van de schending van die norm. In onze literatuur is dit niet een zelfstandig vraagstuk of vereiste. Ik behandel in dit hoofdstuk situaties waarin sprake is van wat men een ‘interne’ norm zou kunnen noemen: de norm geldt in een bepaalde rechtsverhouding, en degene die aanspraak zou willen maken op nakoming van die norm of op schadevergoeding vanwege de schending van die norm staat daarbuiten. Om die reden heeft diegene – ongeacht de met die norm beoogde bescherming – aanspraak op nakoming noch schadevergoeding. Ik zal dan zeggen dat voor diegene de schadevergoedingsremedie niet aan de geschonden verplichting is gekoppeld. Onder deze noemer bespreek ik twee in de literatuur wel bekende, maar niet met elkaar in verband gebrachte grenzen aan aansprakelijkheid.

In de eerste plaats bespreek ik de in de praktijk wezenlijke grens aan aansprakelijkheid wegens wanprestatie die het gevolg is van de relativiteit van de contractswerking. Ik behandel dat en waarom in het geval van een verplichting uit overeenkomst, degenen die geen partij zijn bij de overeenkomst aan die verplichting in beginsel geen aanspraken kunnen ontlenen, ongeacht de met die verplichting beoogde bescherming (§ 5.2). In de tweede plaats bespreek ik de bijzondere grens aan aansprakelijkheid in het geval van specifiek voor overheidsinstanties geldende buitencontractuele verplichtingen. Ik behandel dat en waarom in het

geval van de door de wetgever aan overheidsinstanties opgelegde verplichtingen, burgers aan die verplichtingen soms geen aanspraken kunnen ontlenen, ongeacht de met zo'n verplichting beoogde bescherming (§ 5.3). Deze beide situaties, die op het eerste gezicht weinig met elkaar te maken lijken te hebben, zullen bij nadere beschouwing eenzelfde achtergrond blijken te hebben. Ik sluit af met een samenvatting (§ 5.4).

5.2 Contractuele verplichtingen

252. In het geval van verplichtingen uit overeenkomst geldt als uitgangspunt dat alleen de schuldeiser aanspraak heeft op nakoming. Wanneer de schuldenaar tekortschiet in de nakoming, heeft daarnaast in beginsel alleen de schuldeiser aanspraak op schadevergoeding. Anderen dan de schuldeiser hebben in beginsel geen aanspraak op nakoming en evenmin op schadevergoeding. De aanspraak op nakoming van de schuldeiser is niet in de wet vastgelegd en volgt uit de overeenkomst zelf.¹ Art. 6:74 BW geeft een wettelijke grondslag voor de aanspraak op schadevergoeding van de schuldeiser in het geval van een tekortkoming in de nakoming. De rechtsvordering voor de verwezenlijking van deze materiële aanspraken wordt gegeven door art. 3:296 BW.

253. Dat derden die geen partij zijn bij de overeenkomst als uitgangspunt geen aanspraak hebben op nakoming van een daaruit voortvloeiende verplichting en evenmin op schadevergoeding in het geval van tekortschieten in de nakoming van zo'n verplichting door de schuldenaar, volgt uit het wezen van de overeenkomst als rechtsverhouding tussen twee partijen en uit de functie van het overeenkomstenrecht in het rechtssysteem: het afdwingbaar maken van afspraken.² Doorgaans zullen contractspartijen zich ook niet hebben willen binden tegenover derden. Dat zou namelijk slechts tot vergroting van het risico van aansprakelijkheid leiden. Om deze reden kan een derde er, behoudens bijzondere omstandigheden, ook niet op vertrouwen dat een contractspartij zich ook tegenover hem tot nakoming heeft willen verbinden. Een dergelijke bedoeling zou doorgaans niet rationeel zijn en kan daarom, behoudens bijzondere omstandigheden, niet verondersteld worden.

Du Perron heeft verhelderend geschreven dat in het kader van het vertrouwensbeginsel het causabeginsel een rol speelt: *“het handelen [van degene die aanbiedt zich te binden] wordt doelgericht geïnterpreteerd. Dit gegeven beïnvloedt onder meer het vertrouwen bij de vraag naar de uitleg van een verklaring (waarom zou iemand dit verklaren?).”*³ Op deze manier laat zich naar mijn mening verklaren dat een derde niet ‘zomaar’ erop mag vertrouwen dat degene die een overeenkomst met een ander sluit ook tegenover deze derde een overeengekomen verplichting wil nakomen.

1 Asser/Sieburgh 6-I 2016, nr. 380 en zie ook Haas 2009, p. 12. Met dien verstande dat op grond van art. 6:38 BW een verbintenis dadelijk opeisbaar is, tenzij anders is overeengekomen.

2 Asser/Sieburgh 6-III 2018, nr. 518, 519 en Du Perron 1999, nr. 1.

3 Du Perron 1999, nr. 15.

Met zou ook kunnen zeggen dat sprake is van een ‘interne’ norm in de verhouding tussen schuldeiser en schuldenaar en derden buiten die verhouding staan.

254. Het staat contractspartijen in beginsel vrij om ter zake van zowel de primaire aanspraak op nakoming als de secundaire aanspraak op schadevergoeding in het geval van tekortschieten van de schuldenaar een afwijkende regeling overeen te komen. In zo’n afwijkende regeling kunnen enerzijds de aanspraken van de schuldeiser worden beperkt en kunnen anderzijds aan derden aanspraken worden gegeven (art. 6:253 BW). Of een afwijkende regeling is getroffen, is een kwestie van uitleg van de overeenkomst.

Hoewel het doorgaans niet voor de hand zal liggen, acht ik niet geheel uitgesloten dat ook impliciet de aanspraak op schadevergoeding van de schuldeiser wordt beperkt.⁴

Ook de wetgever kan in een bijzondere regeling bepalen dat de schuldeiser geen aanspraak heeft op nakoming of schadevergoeding of dat aan bepaalde derden wel zo’n aanspraak toekomt.

Te denken valt aan de regelingen van art. 6:107, 6:107a en 6:108 BW. Gelet op de plaatsing in afdeling 6.1.10 BW gelden deze regelingen ook in het geval van tekortschieten in de nakoming van een verplichting uit overeenkomst. Op grond van deze regelingen kunnen ook derden aan dit tekortschieten aanspraken ontlenen en tevens brengen deze regelingen beperkingen van aanspraken van derden op schadevergoeding mee. Verder noem ik dat voor het geval contractspartijen een boetebeding overeenkomen, de wetgever in art. 6:92 BW enkele regels heeft gegeven over de verhouding van dat beding tot de schadevergoedingsremedie.

255. Mogelijk is dat contractspartijen met een overeengekomen verplichting een derde beogen te beschermen. Op zichzelf heeft dat nog niet tot gevolg dat deze derde aanspraak kan maken op nakoming van die verplichting en/of op schadevergoeding in het geval van tekortschieten door de schuldenaar in de nakoming ervan. Du Perron heeft naar mijn mening overtuigend betoogd, dat ook als contractsluitende partijen de bedoeling hebben om met een overeengekomen verplichting een derde te beschermen, in beginsel “*geen enkele reden*” bestaat om deze derde aanspraak op nakoming en/of schadevergoeding te geven, zolang niet blijkt dat de contractsluitende partijen ook bedoeld hebben dergelijke aanspraken aan deze derde te geven.⁵ Het interne karakter van de contractuele verplichting heeft hier als het ware groter gewicht dan de met de norm beoogde bescherming. Onderscheid dient te worden gemaakt tussen, enerzijds, de bedoeling om aan een bepaald persoon of aan bepaalde personen een aanspraak op nakoming en/of schadevergoeding te geven en, anderzijds, de met een bepaalde verplichting beoogde bescherming, daaronder begrepen of beoogd is een bepaald persoon of bepaalde personen te beschermen. In § 5.3 zullen wij zien dat eenzelfde onderscheid ook bij de door art. 6:162 lid 2 BW geïmpliceerde rechtsplichten dient te worden gemaakt.

⁴ Vgl. Kramer 2017, p. 311.

⁵ Du Perron 1999, nr. 339. Met de nuancingering, die Du Perron ook maakt, dat waar de derde erop mag vertrouwen dat sprake is van een derdenbeding, dat vertrouwen ook wordt gehonoreerd. Zie over de beoordeling van dat vertrouwen HR 19 april 2013, NJ 2013/239 (*Alheembouw/HDI-Gerling*).

256. Ook wanneer contractspartijen niet hebben bedoeld een derde een aanspraak te geven op schadevergoeding kan onder bijzondere omstandigheden toch reden bestaan een derde deze aanspraak wel te laten toekomen. In de jurisprudentie en de doctrine wordt zo'n aanspraak doorgaans gebaseerd op een door de schuldenaar tevens geschonden aanvullende zorgvuldigheidsnorm.⁶ Het valt buiten het bestek van dit proefschrift om uitputtend op deze materie in te gaan.

Wel zal ik in hoofdstuk 15 uitvoerig ingaan op de situatie waarin door een wanprestatie veroorzaakte schade zich van de schuldeiser naar een derde verplaatst en bespreken onder welke voorwaarden en op welke grond een gelaedeerde derde in zo'n situatie aanspraak heeft op schadevergoeding.

In dit hoofdstuk is van belang de situatie waarin het interne karakter van de contractuele verplichting wordt opgeheven met als gevolg dat ook derden aanspraak krijgen op nakoming en schadevergoeding. Dit gebeurt in de situatie waarin één persoon met verschillende overeenkomsten diverse personen ten behoeve van elkaar verplicht om zich aan dezelfde norm te houden. Op die manier ontstaat een rechtsverhouding die grote gelijkenis vertoont met het van toepassing zijn van een algemeen verbindend voorschrift: één entiteit, de wetgever, legt dan aan verschillende personen ten behoeve van elkaar verplichtingen op. Dit kan tot gevolg hebben dat de contractuele relativiteit deels tenietgaat.

In *Radio Modern/Edah*⁷ deed zich een dergelijke situatie voor. Diverse huurders van winkelpanden in een winkelcentrum waren met hun gemeenschappelijke verhuurder, het ABP, overeengekomen in de gehuurde winkelruimten geen andere in het winkelcentrum vertegenwoordigde branche uit te oefenen. Het ABP had zich tot deze branchebescherming bij de aankoop van het onroerend goed verplicht. In strijd met haar verplichting tegenover ABP ging huurder Edah in haar supermarkt elektronische artikelen verkopen. Electrozaak Radio Modern, een andere huurder, sprak Edah aan tot schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad. Het hof oordeelde dat "*Edah jegens andere huurders van bedrijfsruimte in het Koopcentrum, zoals Modern, in acht te nemen maatschappelijke zorgvuldigheid (...) niet zover [gaat] dat zij de verplichting jegens Modern zou hebben zich in de concurrentiestrijd te onthouden van handelingen zoals door Modern gesteld*" en dat het aan het ABP is om haar contractuele rechten desgewenst uit te oefenen. De Hoge Raad vernietigde en oordeelde dat de "*bedingen (...) naar de stellingen van Modern [waren] overeengekomen met het oog op de bescherming van de belangen van de huurders van bedrijfsruimte in het winkelcentrum. Ook indien men ervan uitgaat, zoals het Hof (...) doet, dat de huurders geen contractueel recht ter zake van het afdwingen van de branche-bescherming jegens hun gemeenschappelijke verhuurder hadden, (...) ligt het voor de hand dat de huurders onder meer bij het aangaan van hun huurovereenkomst aan de aanwezigheid van bepalingen als voormeld aandacht zouden besteden en op de naleving door de andere huurders van overeenkomstige bepalingen in hun huurovereenkomsten zouden vertrouwen. Beschaming van dit vertrouwen zal in beginsel een vorm van onbehoorlijke concurrentie opleveren en daarmee een onrechtmatige daad jegens de mede-huurders.*"

6 Zie nader § 15.9.2.

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

Uit dit oordeel van de Hoge Raad volgt dat de huurders aanspraak kunnen maken op nakoming van een tussen een medehuurder en de verhuurder overeengekomen verplichting en tevens op schadevergoeding in het geval van de schending van die verplichting door de medehuurder. In zijn motivering begint de Hoge Raad met de vaststelling dat naar de stellingen van Radio Modern de in het geding zijnde verplichting de belangen van de huurders van bedrijfsruimte in het winkelcentrum beoogden te beschermen. Vervolgens oordeelde hij dat in dit geval op de naleving door andere huurders mocht worden vertrouwd en de beschaming van dit vertrouwen in beginsel een onrechtmatige daad oplevert. Waarom op deze naleving mocht worden vertrouwd, motiveerde de Hoge Raad niet nader.⁸ Du Perron⁹ en Van Laarhoven¹⁰ achten, mijns inziens terecht, in dit verband wezenlijk de wederkerigheid van de verplichting tussen de huurders. Uit het door een huurder kunnen profiteren van de door de verhuurder aan de andere huurders opgelegde verplichtingen volgt, zo betogen zij, dat de huurder zijn met die verplichtingen verbonden eigen verplichting jegens de verhuurder ook tegenover de andere huurders dient na te komen. Door die wederkerigheid heeft de verplichting niet meer het interne karakter dat normaliter eigen is aan contractuele verplichtingen. Om deze reden kan een huurder mijns inziens ook niet meer goed volhouden dat, zoals bij een verplichting uit overeenkomst gebruikelijk is, de verplichting een kwestie is tussen hem en de verhuurder waar anderen buiten staan. Op dezelfde manier kan degene die een verkeersnorm niet naleeft en daardoor een verkeersongeval veroorzaakt, niet volhouden dat de verkeersnorm en de schending daarvan een kwestie is tussen hem en de wetgever en dat degenen die ten gevolge van de schending van die verkeersnorm schade hebben geleden daarbuiten staan.

In deze casus zou men ook kunnen zeggen dat partijen elkaar over en weer zodanig mochten begrijpen dat elke huurder aanspraak heeft op het door de andere huurders naleven van de branchebeschermingsbepaling. Op die manier zou men derdenbedingen in de overeenkomsten lezen.¹¹ Ook in deze constructie acht ik de wederkerigheid van de verplichtingen tussen de verschillende huurders cruciaal.

De wederkerigheid van de verplichtingen van de verschillende schuldenaren maakt dat geen sprake meer is van een interne norm en de relativiteit van de contractswerking deels vervalst. In het navolgende zullen wij zien dat deze wederkerigheid of juist het ontbreken daarvan ook van belang is bij de beoordeling of een gelaedeerde aanspraak heeft op gedrag conform de rechtsplichten waarnaar art. 6:162 BW verwijst.

8 Zie over deze kwestie van vertrouwen ook nr. 607 en het daar te bespreken arrest HR 24 september 2004, *NJ* 2008/587 m.nt. C.E. du Perron (*Vleesmeesters/Alog*). Ook in *Radio Modern/Edah* acht ik de constructie door middel van vertrouwen minder gelukkig. Indien zou blijken dat een huurder niet bij het aangaan van de overeenkomst aandacht aan deze branchebeschermingsbepaling heeft besteed en niet erop heeft vertrouwd dat anderen die bepaling zouden naleven, meen ik dat deze huurder eenzelfde aanspraak dient toe te komen. Het is mijns inziens eerder de wederkerigheid tussen de huurders dan het vertrouwen dat hier van belang is.

9 Du Perron 1999, nr. 325.

10 Van Laarhoven 2006, p. 63, 64.

11 Du Perron 1999, p. 282 wijst daarop, evenals Scholten in zijn NJ-annotatie.

5.3 Buitencontractuele verplichtingen

5.3.1 Inleiding

257. Art. 6:162 lid 2 BW impliceert een groot aantal rechtsplichten door als onrechtmatig aan te merken een inbreuk op een recht, een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of met hetgeen volgens het ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt.¹² Evenmin als voor de nakoming van contractuele verplichtingen kent ons burgerlijk wetboek een bijzondere bepaling over de aanspraak op nakoming van dergelijke rechtsplichten. Naar ik meen, wordt deze aanspraak rechtstreeks aan het subjectieve recht, de wet of het ongeschreven recht ontleend.¹³ De secundaire aanspraak op schadevergoeding in het geval van een rechtsinbreuk en een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, volgt uit art. 6:162 lid 1 BW. De rechtsvordering voor de verwezenlijking van deze materiële aanspraken wordt gegeven door art. 3:296 BW.¹⁴

258. Evenals bij de verplichtingen uit overeenkomst laten zich bij de door art. 6:162 lid 2 BW geïmpliceerde rechtsplichten de vragen onderscheiden, enerzijds, of bedoeld is om ter zake van een bepaalde rechtsplicht aan een of meer personen een aanspraak op nakoming en/of schadevergoeding te geven en, anderzijds, welke persoon of personen met de rechtsplicht beoogd zijn te beschermen. Voor de drie onrechtmatigheidscategorieën geldt het volgende.

Rechtsinbreuk

259. Naar vaste rechtspraak van de Hoge Raad kan alleen de rechthebbende aan een subjectief recht aanspraken ontleen.¹⁵ Mogelijk is om te zeggen dat een subjectief recht slechts de rechthebbende beoogt te beschermen en dat hieruit volgt dat slechts de rechthebbende aan een subjectief recht aanspraken kan ontleen. Ook zou men kunnen zeggen dat het slechts door de rechthebbende ontleen van aanspraken aan een subjectief recht een ‘diepere’ oorzaak heeft – net zoals bij verplichtingen uit overeenkomst – die gelegen is in het wezen van het

12 Ik neem hier de door Van Nispen 2018, nr. 8 gehanteerde term ‘impliceren’ over. Vgl. ook zijn dissertatie (Van Nispen 1978) waarin Van Nispen spreekt (bijv. p. 4) van de door art. 1401 (oud) BW gesanctioneerde rechtsplichten en van rechtsplichten waarnaar art. 1401 (oud) BW verwijst.

13 In Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015, nr. 153 wordt, naar het lijkt, anders betoogd; volgens deze auteurs zou in dit verband art. 6:162 BW ook een rol spelen. Mijns inziens regelt laatstgenoemd artikel slechts de schadevergoedingsremedie.

14 Blijkens art. 3:326 BW heeft art. 3:296 BW buiten het vermogensrecht overeenkomstige toepassing voor zover de aard van de betrokken rechtsverhouding zich daartegen niet verzet.

15 De Hoge Raad heeft in HR 14 maart 1958, *NJ* 1961/570 (*Spiritfire*) – mijns inziens te categorisch – geoordeeld dat over een inbreuk op een subjectief recht alleen kan worden geklaagd door een drager van dat recht. In HR 26 mei 2000, *NJ* 2000/671 m.nt. D.W.F. Verkade (*Cassina/Jacobs Meubelen*) lijkt hij meer ruimte te laten voor een aanspraak op grond van de schending van een subjectief recht van een ander. Zie nader nr. 685.

subjectieve recht.¹⁶ Wat precies de grond ervoor is dat alleen de rechthebbende aanspraken aan een subjectief recht ontleent, is naar ik meen niet van belang. Er zijn namelijk, voor zover ik heb kunnen nagaan, geen subjectieve rechten die een ander dan de rechthebbende beogen te beschermen. In hoofdstuk 15 zal ik betogen dat onder omstandigheden schade zich kan verplaatsen van de rechthebbende naar een derde en om die reden soms ook een derde aan een rechtsinbreuk een aanspraak op schadevergoeding kan ontlenuen.¹⁷

Normen van ongeschreven recht

260. In het geval van normen van ongeschreven recht geldt mijns inziens als uitgangspunt dat degene die met de norm beoogd is te beschermen, dus degene wiens belang de normadressaat had dienen te ontzien,¹⁸ aanspraak kan maken op nakoming van de norm en op schadevergoeding in het geval van schending van die norm. Dit is zozeer vanzelfsprekend dat in de literatuur hieraan geen aandacht wordt besteed en dit, voor zover mij bekend, ook vrijwel nooit onderwerp van geschil is. Evenals in de casus van *Radio Modern/Edah* is bij deze normen van ongeschreven recht sprake van een zekere wederkerigheid tussen normadressaten: eenieder is immers gehouden zich te gedragen zoals volgens het ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. Mijns inziens draagt deze wederkerigheid eraan bij dat vanzelf spreekt, dat degene die met een norm van ongeschreven recht beoogd is te beschermen, ook aanspraak heeft op gedrag conform die norm en op schadevergoeding in het geval van schending van die norm. Niet altijd kan degene die met de ongeschreven norm beoogd is te beschermen aanspraak maken op nakoming van de norm en op schadevergoeding in het geval van de schending van die norm. In nr. 330 zal blijken dat wanneer een ongeschreven norm in wezen volledig is gebaseerd op een wettelijk normenstelsel terwijl dat wettelijke normenstelsel niet voor belanghebbenden een aanspraak op de voorgeschreven gedraging wil vestigen, ook de schending van die ongeschreven norm niet zo'n aanspraak vestigt.

Wettelijke verplichtingen

261. Wettelijke verplichtingen nemen in dit verband een bijzondere plaats in. Evenals de in de vorige paragraaf behandelde contractuele verplichtingen, ontstaan wettelijke verplichtingen door een rechtshandeling. Meer nog dan bij contractuele verplichtingen, kan bij wettelijke verplichtingen een discrepantie bestaan tussen, enerzijds, de bedoeling om aan bepaalde personen een aanspraak te geven op gedrag conform de wettelijke verplichting en, anderzijds, de met die verplichting beoogde bescherming. In het navolgende bespreek ik hetgeen de

16 Vgl. ook Asser/Rutten 4-III 1983, p. 135. Rutten betoogde dat aan de Schutznormleer bij de categorie rechtsinbreuk geen behoefte bestaat. Rutten verwees daarbij naar Smits 1938, p. 446, 447 die erop wees dat het eerste ontwerp voor het BGB in § 823 lid 1 bepaalde dat een rechtsinbreuk slechts de rechthebbende aanspraak geeft op schadevergoeding en eerst in het tweede ontwerp in § 823 lid 2 de regel was opgenomen die de aanspraak op schadevergoeding in het geval van de overtreding van een wetsvoorschrift beperkte aan de hand van de strekking van het wetsvoorschrift; de notie dat een rechtsinbreuk naar haar aard relatief is ging aldus ook in het BGB vooraf aan de gedachte dat aansprakelijkheid dient te worden beperkt aan de hand van de strekking van de geschonden norm.

17 Zie in het bijzonder nr. 681 en 685.

18 Zie hierover nader § 7.3.3.

driemanschapstoelichting hierover vermeldt (§ 5.3.2), geef ik een overzicht van opvattingen in de literatuur (§ 5.3.3) en behandel ik jurisprudentie waarin is geoordeeld dat geen aanspraak aan de geschonden norm ontleend kan worden (§ 5.3.4). Vervolgens geef ik een nadere analyse van de voorwaarden waaronder aan wettelijke verplichtingen aanspraken kunnen worden ontleend (§ 5.3.5).

5.3.2 De driemanschapstoelichting

262. In de driemanschapstoelichting wordt, zoals ook in nr. 132 al aan de orde kwam, ter zake van het relativiteitsvereiste voor de situatie van de schending van een wettelijke verplichting het volgende naar voren gebracht:

“In verschillende opzichten kan uit de strekking van het overtreden wetsvoorschrift voortvloeien, dat degene die de daarin genoemde plicht schendt niet een onrechtmatige daad pleegt jegens [de gelaedeerde]. Vooreerst bestaat de mogelijkheid [dat de gelaedeerde niet behoort tot de groep personen die het wetsvoorschrift beoogt te beschermen]. Voorts kan de strekking van de overtreden wetsbepaling meebrengen, dat daarin niet rechtstreeks tegenover de terzake belanghebbenden een plicht wordt opgelegd, waarvan schending tegenover hen een onrechtmatige daad oplevert, omdat de bepaling in het geheel niet voor de belanghebbenden een aanspraak op de voorgeschreven gedraging wil vestigen.”¹⁹

Naast de vraag welke groep personen met het wetsvoorschrift beoogd is te beschermen,²⁰ staat volgens de driemanschapstoelichting dus de vraag of de bepaling voor “belanghebbenden” een aanspraak op gedrag conform het wetsvoorschrift wil vestigen. Over de betekenis van het niet door een wetsbepaling willen vestigen van zo’n aanspraak voor belanghebbenden, vermeldt de driemanschapstoelichting:

“Bij deze wettelijke plichten kan (...) de particuliere belanghebbende noch een rechterlijk gebod onder dwangsom tot naleving van de plicht verkrijgen (...) noch bij overtreding van de plicht een aanspraak op schadevergoeding krachtens [het ontwerp voor het huidige art. 6:162 BW] doen gelden. Niet-naleving van dergelijke verplichtingen leidt in het algemeen slechts tot het in werking treden van strafrechtelijke of van staats- of administratiefrechtelijke sancties.”²¹

Over de vraag wanneer een bepaling niet voor een belanghebbende een aanspraak op de voorgeschreven gedraging wil vestigen, vermeldt de driemanschapstoelichting verder:

“Naar de Hoge Raad [in Zuiderhaven²²] heeft beslist is dat veelal het geval bij publiekrechtelijke voorschriften die verplichtingen van bepaalde overheidsorganen omschrijven; ook wetsvoorschriften die aan burgers plichten opleggen kunnen de bedoelde strekking hebben.”²³

19 Parl. Gesch. Boek 6, p. 633 (T.M.).

20 De situatie waarin de schade van de gelaedeerde niet van het soort is of op een wijze is ontstaan waartegen de geschonden norm beoogde te beschermen, wordt volgens de driemanschapstoelichting niet opgelost met het jegenvereiste maar met het ontwerp voor wat art. 6:163 BW geworden is, zie hierover § 2.6.2.

21 Parl. Gesch. Boek 6, p. 633 (T.M.).

22 HR 23 november 1939, NJ 1940/242 m.nt. E.M. Meijers (Zuiderhaven), zie nr. 270.

23 Parl. Gesch. Boek 6, p. 633 (T.M.).

De toelichting wijst er dus op dat de mogelijkheid van privaatrechtelijke sancti-
oningering “veelal” zal ontbreken bij “*publiekrechtelijke voorschriften die verplichtingen van bepaalde overheidsorganen omschrijven*”. Ook echter bij wetsvoor-
schriften die aan burgers plichten opleggen kan volgens de toelichting de
mogelijkheid van privaatrechtelijke sancti-
oningering ontbreken.

5.3.3 *Enkele opvattingen in de literatuur*

263. In de literatuur is sinds lange tijd en door een groot aantal auteurs onderkend
dat in ieder geval bij wettelijke normen onderscheid dient te worden gemaakt
tussen de vraag of aan een norm de remedies nakoming en schadevergoeding zijn
gekoppeld enerzijds en de met de norm beoogde bescherming anderzijds.

264. Meijers,²⁴ H. Drion,²⁵ Bloembergen²⁶ en Van Nispen²⁷ betoogden dat niet
aan alle wettelijke normen de privaatrechtelijke remedies van nakoming en scha-
devergoeding waren gekoppeld. Deze auteurs meenden dat deze kwestie onder-
scheidende diende te worden van de vraag tegen welke schadesituaties met de norm
beoogd werd te beschermen. Zowel Meijers als Bloembergen wees op de moge-
lijkheid dat met een norm wel een bepaalde persoon tegen een zeker nadeel be-
oogd is te beschermen, maar dat die persoon, indien hij door de schending van
die norm dat nadeel lijdt, toch geen aanspraak heeft op vergoeding daarvan om-
dat de norm niet privaatrechtelijk gesanctioneerd is. De moeilijkheid voor deze
vier auteurs lag erin om duidelijk te maken wanneer aan een norm niet de privaatrechtelijke
remedies van nakoming en schadevergoeding waren verbonden.

Meijers onderscheidde, daarmee Von Sarwey volgend,²⁸ instructienormen en
waarborgnormen. Instructienormen waren in de opvatting van Meijers publiek-
rechtelijke voorschriften die aan belanghebbenden geen aanspraak tegen de over-
heid willen geven omdat de handhaving van het voorschrift uitsluitend aan de
overheid is toevertrouwd. Op de schending van een waarborgnorm kon juist wel
een aanspraak op schadevergoeding worden gebaseerd. Ook Drion onderscheid-
de instructie- en waarborgnormen. Instructienormen waren volgens hem voor de
overheid geschreven normen die “*uitsluitend een interne publiekrechtelijke bete-
kenis hebben*”. Drion wees daarbij ook op interne normen in privaatrechtelijke
rechtspersonen: buitenstaanders kunnen aan op organen van zo’n rechtspersoon
opgelegde verplichtingen in beginsel geen rechten ontlenuen.²⁹ Ook Bloembergen
wees in dit verband op instructienormen. Ook buiten het terrein van de onrecht-
matige overheidsdaad achtte hij echter mogelijk dat aan een wettelijke norm niet
de privaatrechtelijke nakomings- en schadevergoedingsremedie verbonden is.

24 NJ-annotatie bij HR 23 november 1939, NJ 1940/242 (Zuiderhaven).

25 Hofmann/Drion & Wiersma 1959, p. 133 en p. 216 e.v.

26 Bloembergen 1965, nr. 120.

27 Van Nispen 1978, nr. 88 e.v.

28 Meijers wijst erop dat Von Sarwey dit onderscheid voor het eerst in 1880 naar voren heeft gebracht. Ik acht
waarschijnlijk dat Meijers daarmee doelt op het in 1880 gepubliceerde boek van Von Sarwey *Das öffentliche
Recht und die Verwaltungsrechtspflege* (Von Sarwey 1880). Von Sarwey maakt in dit boek onderscheid tussen
twee in het “*Verwaltungsrecht*” bestaande verplichtingen: een “*Instruktion*” die “*positiv die Wahrung des öffentlichen
Interesses zum Gegenstand hat*” en normen die “*die Wahrung der Rechtssphäre der Einzelnen gegen Ver-
letzung ihrer Rechte und gegen Inanspruchnahme von gesetzlich nicht bestehenden Pflichten von Seite der öf-
fentlichen Gewalt bezweckt*” (p. 68).

29 Drion legde niet, zoals ik doe, het verband met interne normen tussen contractspartijen.

Bloembergen noemde bij wijze van voorbeeld normen uit het strafrecht aan de schending waarvan alleen het rechtsgevolg van strafbaarheid van de normadres-saat verbonden zou kunnen zijn. Van Nispen wees in dit verband op instructie-normen, vormvoorschriften, strafbepalingen en huwelijksplichten, maar werkte dat niet nader uit.

265. Lankhorst³⁰ introduceerde, zich baserend op (wederom) Duitse doctrine,³¹ in zijn dissertatie het onderscheid tussen het beschermingsdoel en de beschermings-omvang van een norm. Waar het gaat om het beschermingsdoel van een norm, is volgens hem de vraag of überhaupt op de geschonden norm een schadevergoe-dingsverplichting kon worden gebaseerd. Waar het gaat om beschermingsom-vang, is de vraag wie aanspraak kan maken op schadevergoeding, voor welke soorten schade en welke wijzen van ontstaan. Lankhorst creëerde echter geen helderheid over de vraag onder welke omstandigheden aan een norm (niet) de privaatrechtelijke nakomings- en schadevergoedingsremedies zijn gekoppeld. Den Hollander is Lankhorst gevolgd in het maken van onderscheid tussen het beschermingsdoel en de beschermingsomvang.³² Den Hollander heeft verdedigd dat uit de taakverdeling tussen wetgever en rechter volgt dat de rechter terughou-dend dient te zijn bij zijn oordeel dat nakoming van een wettelijke norm kan worden afgedwongen en schending van een wettelijke norm kan leiden tot een schadevergoedingsverplichting. Naar zijn oordeel mag een rechter slechts oorde-len dat dit het geval is indien “*de wetgever daarvoor in de wettekst en de wetsge-schiedenis dekking biedt middels ‘positieve’ aanwijzingen*”.³³

266. Hartkamp en Sieburgh³⁴ stellen – in het voetspoor van Rutten³⁵ – niet in het algemeen de vraag wanneer aan een wettelijke norm de privaatrechtelijke reme-dies van nakoming en schadevergoeding zijn gekoppeld, maar bespreken hoe de toepassing van de relativiteitsleer in het geval van gedragingen van de overheid uitwerkt. Zij stellen voorop dat de relativiteitsleer op handelingen van particulie-re personen en op handelingen van de overheid gelijkelijk van toepassing is. Volgens hen is denkbaar dat een wetsvoorschrift niet de strekking heeft aan de burger een aanspraak tegen de overheid te geven. In dat geval is volgens hen niet voldaan aan het relativiteitsvereiste. Indien een wetsvoorschrift materie regelt waarbij private belangen van burgers zijn betrokken, ligt naar hun oordeel een dergelijke beperkte strekking niet voor de hand. Om die reden zou het bij uitzon-deringsgevallen blijven. Wanneer sprake is van zo’n uitzonderingsgeval maken zij niet duidelijk. Het onderscheid tussen instructie- en waarborgnormen biedt volgens hen in dit kader geen houvast.

30 Lankhorst 1992a, p. 92 t/m 103.

31 Vgl. bijvoorbeeld Deutsch 1994, p. 195. Of Deutsch zich (indirect) op Von Sarwey baseert, is mij niet duidelijk geworden.

32 Den Hollander 2016, p. 129 e.v.; merkwaardigerwijs brengt Den Hollander dit niet in verband met het eveneens door hem besproken onderscheid tussen instructie- en waarborgnormen (p. 86 t/m 90).

33 Den Hollander 2016, p. 137 e.v.

34 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015, nr. 139, 140.

35 Het betoog van Hartkamp en Sieburgh komt grotendeels overeen, en diverse passages zijn nog woordelijk gelijk, aan hetgeen Rutten in het eerste Asser-deel over de verbintenis uit de wet (Asser/Rutten 3-II 1954, p. 554 t/m 556) over dit onderwerp naar voren bracht.

267. Tot slot hebben diverse auteurs gewezen op de mogelijkheid dat vertrouwen wordt opgewekt door het gelden van een norm. Brunner was van mening dat “afgezien van interne dienstvoorschriften en van bijv. wettelijke voorschriften die de competentie tussen verschillende overheidsorganen afbakenen” het feit dat een norm tot de overheid is gericht ook maakt dat op de nakoming daarvan mag worden vertrouwd. Om deze reden zou volgens hem een instructienorm “praktisch bijna steeds” als waarborgnorm fungeren.³⁶ Scheltema en Scheltema achten het onderscheid tussen instructienormen en waarborgnormen inmiddels achterhaald nu

“(…) het gelijkheidsbeginsel en ook het rechtszekerheidsbeginsel in algemene zin zijn aanvaard als normen volgens welke de overheid moet handelen. Indien een instructienorm in het algemeen wordt opgevolgd, doch in een specifiek geval niet, is daarmee het gelijkheidsbeginsel en vaak ook de aan de norm ontleende verwachting geschonden”.³⁷

268. In de literatuur is aldus vrijwel algemeen onderkend dat het mogelijk is dat, wat er ook zij van de met een norm beoogde bescherming, aan die norm geen aanspraak op nakoming of schadevergoeding kan worden ontleend. Ook is duidelijk dat normen die gericht zijn tot de overheid in dit verband een bijzondere positie innemen. Het onderscheid tussen instructienorm en waarborgnorm lijkt intussen verouderd. Onder welke omstandigheden aan een norm geen privaatrechtelijke aanspraken kunnen worden ontleend, is verder weinig duidelijk.

5.3.4 Jurisprudentie

269. In de jurisprudentie speelt deze problematiek mijns inziens slechts in het geval van verplichtingen van overheidsorganen. Ik zal twee situaties bespreken waarin een wettelijke norm geldt, maar niet bedoeld is om aan burgers een privaatrechtelijke aanspraak te geven op nakoming van die norm of op schadevergoeding in het geval van schending van die norm.

In de eerste te behandelen situatie laat een bestuursorgaan na om binnen de door de wet voorgeschreven termijn (art. 4:13 Awb en art. 7:10 Awb) een besluit te nemen. In zowel *Eindhoven/Van Ingen q.q.* als *Amsterdam/Have* oordeelde de Hoge Raad over een dergelijke situatie:

“De enkele omstandigheid dat een bestuursorgaan een besluit neemt met overschrijding van de wettelijke beslistermijn, is onvoldoende voor het oordeel dat aldus onrechtmatig wordt gehandeld in de zin van art. 6:162 BW. Daarvoor zijn bijkomende omstandigheden nodig die meebrengen dat het bestuursorgaan, door pas na het verstrijken van de wettelijke beslistermijn een besluit te nemen, in strijd handelt met de in het maatschappelijk verkeer jegens een belanghebbende in acht te nemen zorgvuldigheid.”³⁸

Ondanks dat art. 6:162 BW een nalaten in strijd met een wettelijke plicht als onrechtmatig aanmerkt, is aldus volgens de Hoge Raad het in strijd met de wet

36 NJ-annotatie bij HR 1 juli 1982, NJ 1983/684 (*Van Hooft/Staat*).

37 Scheltema & Scheltema 2013, p. 343.

38 HR 22 oktober 2010, NJ 2011/6 (*Eindhoven/Van Ingen q.q.*), rov. 3.4.2 en HR 11 januari 2013, NJ 2013/47 (*Amsterdam/Have*), rov. 3.3.

door een bestuursorgaan niet binnen de wettelijke beslistermijn nemen van een besluit, eerst onrechtmatig indien het bestuursorgaan in strijd handelt met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer tegenover de belanghebbende betaamt. De in *Eindhoven/Van Ingen q.q.* en *Amsterdam/Have* gegeven oordelen heeft de Hoge Raad niet nader gemotiveerd. Vóór de totstandkoming van de Awb had de Hoge Raad in *Van Brandwijk/Amsterdam*³⁹ al eenzelfde oordeel gegeven:

“De termijnen van (...) art. 32 en 33 [Wet Sociale Werkvoorzieningen] richten zich tot de gemeente-organen die deze bepalingen hebben toe te passen. De stelling dat overschrijding van de termijnen, behoudens bijzondere voor het te beslissen geval specifieke omstandigheden, jegens rechtzoekenden als Van Brandwijk, onrechtmatig is, vindt geen steun in de strekking van deze bepalingen.” (rov. 3.3)

Deze motivering ademt de instructienormgedachte: de wetgever heeft de norm gericht tot gemeente-organen en rechtzoekenden staan daar buiten. In zijn conclusie vóór *Eindhoven/Van Ingen q.q.* wees advocaat-generaal Keus erop dat blijkens de totstandkomingsgeschiedenis van de Awb bij het uiteindelijke art. 4:13 Awb onder meer werd toegelicht *“(...) [in] hoeverre de overschrijding van de beslistermijn een vordering tot schadevergoeding uit onrechtmatige daad ten gevolge kan hebben (...) uit de jurisprudentie van de gewone rechter [zal] moeten blijken”* (§ 2.23). Tevens vermeldde Keus dat in de toelichting op het uiteindelijke art. 7:10 Awb in verband met een mogelijke overschrijding van de termijn voor het nemen van een beslissing op bezwaar, slechts gewezen wordt op de mogelijkheid van beroep wegens het niet tijdig nemen van een besluit.

270. In de tweede te bespreken situatie heeft de wetgever aan een overheidsinstantie een verplichting opgelegd om bepaalde maatregelen te treffen die het algemeen belang dienen zonder dat een schadelijgende burger daar direct bij betrokken is. Een dergelijke situatie was aan de orde in het wat oudere, maar door de gegeven motivering wel instructieve, *Zuiderhaven*.⁴⁰ De gemeente Zutphen baggerde in strijd met de Gemeentewet haar haven onvoldoende uit. Was de gemeente aansprakelijk jegens een graanhandelaar wiens bedrijf aan de haven gelegen was en afhankelijk was van het functioneren van de haven? De Hoge Raad sanctioneerde de afwijzing door het hof van de aanspraak op schadevergoeding van de graanhandelaar tegen de gemeente als volgt:

“dat toch een publiekrechtelijk voorschrift slechts dan aan de Overheid rechtstreeks tegenover de ter zake belanghebbenden een plicht oplegt, waarvan schending dan tegenover hen een onrechtmatige daad in den zin van art. 1401 B. W. oplevert, indien het voorschrift voor die belanghebbenden een aanspraak op zekere gedraging van de Overheid wil vestigen; dat echter elke bedoeling om aan een belanghebbende tegenover het gemeentebestuur eenige aanspraak te geven op instandhouding, bruikbaarheid, vrijheid of veiligheid van de in art. 209 onder h der gemeentewet genoemde tot gemeenen dienst van allen bestemde objecten der gemeente aan dit artikel, evenals aan de artt. 240 onder / en 247 dier wet, vreemd is;”.

39 HR 21 juni 1985, NJ 1986/526 m.nt. M. Scheltema (*Van Brandwijk/Amsterdam*).

40 HR 23 november 1939, NJ 1940/242 m.nt. E.M. Meijers (*Zuiderhaven*).

De motivering van de Hoge Raad is een tweetrapsraket: eerst stelt hij vast dat bij een publiekrechtelijk voorschrift aan de overheid, voor aansprakelijkheid van die overheid de aanvullende voorwaarde geldt dat *“het voorschrift voor die belanghebbenden een aanspraak op zekere gedraging van de Overheid wil vestigen”*; vervolgens beoordeelt hij of de wetgever inderdaad ook beoogd heeft zo’n aanspraak te geven. Omdat daarvan niet bleek, diende de aanspraak op schadevergoeding volgens de Hoge Raad te worden afgewezen.

271. Een vergelijkbare situatie was aan de orde in het recentere *Duwbak Linda*.⁴¹ In nr. 133 besprak ik deze zaak en de sanctionering door de Hoge Raad van de afwijzing door het hof van de aanspraak op schadevergoeding van de gelaedeerde scheepseigenaar tegen de overheid.

De Hoge Raad oordeelde dat de eis van het keuringscertificaat beoogde de veiligheid in algemene zin van het scheepvaartverkeer te bevorderen en aldus ook beoogde *“het voorkomen van ongevallen als gevolg van ondeugdelijkheid van de aan het Rijnvaartverkeer deelnemende vaartuigen, waarvoor het certificaat van onderzoek is vereist”*. De Hoge Raad liet niettemin in stand het oordeel van het hof dat *“de voorschriften van het [reglement] die de Staat volgens [de scheepseigenaar] bij het verlengen van het onderhavige certificaat zou hebben geschonden, niet strekken tot bescherming tegen vermogensschade zoals die welke [de scheepseigenaar] stelt te hebben geleden”* en oordeelde tevens dat *“[o]ok [de] eis van zorgvuldigheid bij het overeenkomstig [dit reglement] uit te voeren onderzoek beoogt bij te dragen aan het bevorderen van de veiligheid in algemene zin van het scheepvaartverkeer, maar dat wil niet zeggen dat de aan het onderzoek te stellen eisen van zorgvuldigheid strekken tot bescherming van het individuele vermogensbelang van derden die schade lijden doordat een onvoldoende zorgvuldig gekeurd schip een ongeval veroorzaakt”*.

De Hoge Raad motiveerde deze oordelen met een scala aan argumenten.

De Hoge Raad stelde voorop dat de toepasselijke wettelijke regelgeving tot doel heeft de algemene veiligheid van het scheepvaartverkeer te bevorderen, en dat aan de gegevens over deze regelgeving niet kan worden ontleend dat de regelgeving mede strekt tot bescherming van het individuele vermogensbelang van de eigenaar van een beschadigd schip. Verder overwoog de Hoge Raad dat het vereiste van een periodiek te verlengen certificaat van onderzoek en de in dat kader te verrichten keuringen vooral deze functie heeft, dat zij de naleving van de verplichting van de eigenaar het schip in een deugdelijke en veilige staat te houden bevorderen en daarop een zekere controle mogelijk maken. In dat verband bracht hij ook naar voren dat de eigenaar van een schip dat geëxploiteerd wordt en deelneemt aan het verkeer verantwoordelijk blijft voor de deugdelijkheid en veiligheid van het schip en dat het certificaat geen garantie is. Tot slot overwoog de Hoge Raad dat de *“uit de algemene verantwoordelijkheid van de Staat voor een veilig scheepvaartverkeer voortvloeiende verplichting bij de keuring van schepen met het oog op de afgifte of verlenging van een certificaat van onderzoek zorgvuldig te werk te gaan, niet de strekking heeft een in beginsel onbepaalde groep van derden te beschermen tegen de vermogensschade die op een vooraf veelal niet te voorzien wijze kan ontstaan doordat de ondeugdelijkheid en onveilig-*

41 HR 7 mei 2004, NJ 2006/281 m.nt. J. Hijma (*Duwbak Linda*).

heid van het schip bij de door of onder verantwoordelijkheid van de Staat verrichte keuring ten onrechte niet aan het licht is gekomen".⁴²

In deze zaak ontstaat op het eerste gezicht een merkwaardige discrepantie. De Hoge Raad oordeelde enerzijds dat met de wettelijke regeling is beoogd de veiligheid in algemene zin van het scheepvaartverkeer te bevorderen, "*waaronder uiteraard mede is te verstaan het voorkomen van ongevallen als gevolg van ondeugdelijkheid van de aan het Rijnvaartverkeer deelnemende vaartuigen, waarvoor het certificaat van onderzoek is vereist*" (rov. 3.4.2). Anderzijds oordeelde hij dat de voorschriften van deze regeling en de bij de uitvoering van deze regeling in acht te nemen zorgvuldigheidsnormen niet *strekten* tot bescherming tegen de schade van degenen die ten gevolge van zo'n te voorkomen ongeval schade lijden. Opvallend is dat de Hoge Raad in zijn motivering, in navolging van advocaat-generaal Spier, aanmerkelijk belang eraan lijkt toe te kennen, dat in de wetsgeschiedenis van de diverse regelingen niet uitdrukkelijk naar voren komt dat de Staat aansprakelijk kan zijn indien de regelingen niet door hem worden nageleefd.

De motivering die de Hoge Raad bij deze oordelen geeft, is mijns inziens weinig overtuigend. Het eerste door de Hoge Raad gegeven argument dat aan de gegevens over deze regelgeving niet kan worden ontleend dat de regelgeving mede strekt tot bescherming van het individuele vermogensbelang van de eigenaar van een beschadigd schip, bevreedt op het eerste gezicht. Begrijpt men de Hoge Raad zo dat hij hiermee bedoelt dat degene die een norm schendt slechts aansprakelijk kan zijn tegenover degene die hierdoor schade ondervindt als, naast het gegeven dat met de norm juist beoogd is die schade te voorkomen, in de regelgeving waarvan de norm onderdeel uitmaakt c.q. waarop de norm is gebaseerd de positieve aanwijzing gelegen is dat beoogd is om het individuele vermogensbelang van de gelaedeerde te beschermen, dan rijst de vraag waarom de Hoge Raad die voorwaarde hier stelt. In het algemeen wordt een dergelijke eis namelijk niet gesteld en zonder veel moeite laat zich bedenken dat in allerlei gevallen waarin wel op grond van de schending van een wettelijke plicht aansprakelijkheid wordt aangenomen het – minst genomen – niet eenvoudig zou zijn aan deze eis te voldoen. Verder is het op zichzelf wel juist dat de eigenaar verantwoordelijk blijft voor de deugdelijkheid en veiligheid van het schip en het certificaat geen garantie is. Niet valt echter in te zien waarom dit gegeven de afwijzing van de vordering kan dragen: niet de eigenaar, maar de Staat en het keuringsbureau worden hier aangesproken. De vordering wordt niet gebaseerd op een garantie, maar op een gepleegde onrechtmatige daad ten gevolge waarvan schade is ontstaan. Ook valt niet in te zien waarom de eigen verantwoordelijkheid van de exploitant van het schip zou afdoen aan de aansprakelijkheid van de Staat en het keuringsbureau voor een door hen gepleegde onrechtmatige daad. Veelzeggend is dat toen de gemeente Barneveld vanwege het verlenen van een vergunning werd aangesproken, betoogde niet aansprakelijk te zijn op grond van precies dit argument, de Hoge Raad in *Barneveld/Gasunie*⁴³ dat dadelijk als non-argument van tafel veegde: "[a]n de aansprakelijkheid van de Gemeente kan niet afdoen dat de vergunninghouder [die de gemeente geen vergunning had mogen geven] ook een eigen verantwoordelijkheid heeft en niet [op onrechtmatige wijze schade aan de Gasunie had mogen toebrengen]" (rov. 3.5.1 en 3.5.2). Ook het slotargument – dat op enigszins merkwaardige wijze in de door de Hoge Raad bereikte conclusie verwerkt is – bevreedt op het

42 Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015, nr. 134 en Di Bella 2014, p. 134 e.v.

43 HR 13 juli 2007, NJ 2007/504 m.nt. M.R. Mok (*Barneveld/Gasunie*); zie over deze zaak nader § 8.3.3.

eerste gezicht:⁴⁴ in allerlei gevallen maakt immers het gegeven dat op vooraf niet te voorziene wijze vermogensschade kan ontstaan voor een in beginsel onbepaalde groep, dat *juist daarom* anders dient te worden gehandeld en de schade, zo deze ontstaat, om die reden kan worden toegerekend.⁴⁵ De Hoge Raad motiveert niet waarom zijns inziens in de onderhavige zaak dit gegeven tot een precies tegengestelde conclusie zou moeten voeren. Geen sprake is in ieder geval van een ‘floodgate’-situatie waarin een enkele onrechtmatige daad leidt tot aansprakelijkheid tegenover tal van gelaedeerden met een ondragelijke aansprakelijkheidslast tot gevolg. In deze zaak was slechts sprake van één gelaedeerde met de zaakschade die de geschonden norm nu juist beoogd had te voorkomen. Dat de Hoge Raad niet goed in staat is geweest in zijn motivering zijn beweegredenen te rationaliseren, wordt ook duidelijk uit zijn, in nr. 281 te bespreken, uitspraak inzake het schietincident in Alphen aan den Rijn.⁴⁶ In deze zaak gelden vrijwel alle door de Hoge Raad in *Duwbak Linda* gegeven argumenten, maar de bereikte uitkomst is tegengesteld.

5.3.5 *Nadere analyse van voorwaarden waaronder een beroep op de schadevergoedingsremedie mogelijk is*

272. De in het voorgaande besproken jurisprudentie laat zich mijns inziens zinvol analyseren aan de hand van de in de driemanschapstoelichting naar voren gebrachte, en ook bij contractuele aansprakelijkheid relevante, vragen. Ten eerste dient beantwoord te worden de vraag of bedoeld is belanghebbenden een aanspraak op nakoming en, in het verlengde daarvan, op schadevergoeding te geven. Ten tweede dient beantwoord te worden de vraag tot welke personen, soorten schade en wijzen van ontstaan de met de norm beoogde bescherming zich uitstrekt.

273. Hoe dient in het geval van een wettelijke norm bepaald te worden of bedoeld is belanghebbenden een aanspraak te geven? Voorop kan worden gesteld dat het de wetgever vrijstaat om – onafhankelijk van de met de norm beoogde bescherming – te bepalen wie wel en wie niet aanspraak kan maken op nakoming van een door hem gegeven wettelijke norm en op schadevergoeding in het geval van de schending daarvan.

Ook hier kan ter illustratie worden gewezen op de regelingen van art. 6:107, 6:107a en 6:108 BW.

De moeilijkheid is echter dat doorgaans een bedoeling van de wetgever hieromtrent niet blijkt.

Niet vol te houden lijkt mij de in nr. 265 genoemde opvatting van Den Hollander dat uit de afbakening tussen de rol van de wetgever en de rol van de rechter volgt dat de rechter eerst indien de wettekst of de wetsgeschiedenis ‘positieve aanwijzingen’ biedt dat bedoeld is om belanghebbenden een aanspraak op schadevergoeding te geven, de rechter daarvan ook mag uitgaan. De wetgever geeft dergelijke ‘positieve aanwijzingen’ vrijwel nooit, terwijl belanghebbenden veelal

44 Kritisch op dit punt is Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015, nr. 134.

45 Te denken valt bijvoorbeeld aan HR 16 juni 2000, *NJ* 2000/584 m.nt. C.J.H. Brunner (*Sint Willibrord/V*); HR 12 mei 1995, *NJ* 1996/118 m.nt. J. de Boer (*'t Ruige Veld/Univé*) en HR 2 december 1966, *NJ* 1967/42 m.nt. G.J. Scholten (*Haringstalletje*).

46 HR 20 september 2019, ECLI:NL:HR:2019:1409 (*Schietincident Alphen aan den Rijn*).

toch privaatrechtelijke aanspraken aan wettelijke verplichtingen kunnen ontleen:⁴⁷ men denke bijvoorbeeld aan verkeersnormen, normen in het intellectueel eigendomsrecht en vergunningsverplichtingen. Naar ik meen behoeft de wetgever dergelijke ‘positieve aanwijzingen’ ook niet te geven. In art. 3:296 BW heeft de wetgever in het algemeen bepaald dat “[t]enzij uit de wet, uit de aard der verplichting of uit een rechtshandeling anders volgt” degene die “jegens een ander verplicht is iets te geven, te doen of na te laten, daartoe door de rechter, op vordering van de gerechtigde, [wordt] veroordeeld.” In art. 6:162 BW heeft de wetgever als uitgangspunt neergelegd dat de schending van wettelijke normen tot een verplichting tot schadevergoeding leidt. Bij deze in de wet neergelegde uitgangspunten zie ik niet in waarom de door Den Hollander verlangde ‘positieve aanwijzingen’ nodig zouden zijn. De opvatting van Den Hollander zou aan veel wettelijke normen hun betekenis ontnemen. Tot slot is mij ook niet duidelijk waarom een dergelijke aanvullende voorwaarde wel gesteld zou moeten worden bij wettelijke normen maar niet bij normen van ongeschreven recht.

Om de vraag of bedoeld is belanghebbenden aanspraak te geven op nakoming en/of schadevergoeding te beantwoorden, is mijns inziens zinvol om onderscheid te maken tussen, enerzijds, wettelijke normen die algemeen verbindende voorschriften zijn en ook voor burgers kunnen gelden en, anderzijds, normen waarmee op een specifieke overheidsinstantie een verplichting wordt opgelegd.

Algemeen verbindende voorschriften

274. Bij algemeen verbindende voorschriften kan mijns inziens als uitgangspunt gelden dat bedoeld is degenen die met het voorschrift beoogd zijn te beschermen ook aanspraak te geven op nakoming en op schadevergoeding.⁴⁸ Voor deze wettelijke plichten geldt hetzelfde als voor normen van ongeschreven recht: zij normeren het gedrag van personen in een samenleving en in beginsel heeft eenieder zich hieraan te houden.⁴⁹ Geen sprake is van een interne verhouding tussen de wetgever en de normadressaat waar andere burgers buiten staan. Evenals bij normen van ongeschreven recht is ook van een zekere wederkerigheid tussen normadressaten sprake. Om deze reden spreekt het naar ik meen ook bij deze wettelijke plichten vrijwel vanzelf dat degene die met de norm beoogd wordt te beschermen, aanspraak heeft op nakoming en/of schadevergoeding. Ook zonder dat dit uitdrukkelijk blijkt, ligt naar mijn mening voor de hand dat de wetgever dit ook zal hebben bedoeld.⁵⁰

Specifieke wettelijke plichten van overheidslichamen: inleiding

275. Een wetgever kan aan een overheidslichaam een plicht opleggen die niet geldt of kan gelden voor burgers die aan het rechtsverkeer deelnemen. Geen sprake is dan van wederkerigheid tussen normadressaten. In dat opzicht doen deze

47 Zo ook uitdrukkelijk de driemanschapstoelichting, zie Parl. Gesch. Boek 6, p. 632 (T.M.), en zo ook advocaat-generaal Hartlief in zijn conclusie vóór HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3231 (*UWV/Belfor*), § 3.19.

48 Zie over de met wettelijke normen beoogde bescherming nader § 7.3.2.

49 Vgl. Van Maanen 2013, p. 153: “[w]ettelijke normen (...) als kenmerkende eigenschap [hebben] dat ze niet slechts gericht zijn tot één individu, maar in beginsel op alle burgers van toepassing zijn”.

50 Vgl. ook de in nr. 256 besproken zaak *Radio Modern/Edah* waarin ook niet scherp uit elkaar kon worden gehouden of bedoeld was een aanspraak te geven of dat het redelijk was om van het bestaan van zo’n aanspraak uit te gaan.

verplichtingen denken aan verplichtingen die kunnen bestaan tussen organen van een rechtspersoon of tussen contractspartijen waaraan degenen die buiten de rechtspersoon of buiten de contractsverhouding staan, in beginsel geen aanspraken kunnen ontlenuen. Bij dergelijke door de wetgever aan overheidsinstanties opgelegde wettelijke verplichtingen spreekt het mijns inziens minder vanzelf dat bedoeld is belanghebbenden een aanspraak op het voorgeschreven gedrag te geven. In het navolgende werk ik nader uit onder welke omstandigheden belanghebbenden aan de schending van zo'n verplichting geen aanspraak op schadevergoeding kunnen ontlenuen.

Specifieke wettelijke plichten van overheidslichamen: sanctionering exclusief binnen een ander rechtsgebied

276. In nr. 269 besprak ik dat naar het oordeel van de Hoge Raad het door een bestuursorgaan nemen van een besluit met overschrijding van de wettelijke beslistermijn, op zichzelf niet meebrengt dat onrechtmatig wordt gehandeld. Op zichzelf is mijns inziens helder dat met de wettelijke beslistermijn beoogd is de aanvrager van het besluit te beschermen. Het bijzondere is echter dat in het bestuursrecht de sanctionering van deze voorschriften gedetailleerd is geregeld.⁵¹ Na overschrijding van de termijn en ingebrekestelling door de aanvrager van het besluit, verbeurt het bestuursorgaan dwangsommen (art. 4:17 Awb). Het niet tijdig nemen van een besluit geldt bovendien als besluit (art. 6:2 Awb) waardoor voor de aanvrager de mogelijkheid van bezwaar of beroep ontstaat. Onder deze omstandigheden, eventueel in combinatie met de wat ambigue wetsgeschiedenis, ligt het mijns inziens voor de hand om te oordelen dat de norm belanghebbenden geen privaatrechtelijke aanspraak op nakoming geeft en, in het verlengde daarvan, op schadevergoeding.

Deze gedachtegang heeft veel weg van de in hoofdstuk 13 te behandelen reden voor begrenzing van aansprakelijkheid: het geven van een aanspraak op schadevergoeding zou een andere regeling op onaanvaardbare wijze doorkruisen. Deze problematiek heeft overigens ook enige verwantschap met de door art. 6:92 BW gematigd positief beantwoorde vraag of, indien contractspartijen een boetebeding overeenkomen, de schuldeiser bij het tekortschieten in de nakoming van de schuldenaar naast de boete ook aanspraak heeft op schadevergoeding.

Wanneer een belanghebbende aan de schending van de wettelijke norm geen aanspraak op schadevergoeding kan ontlenuen, is voor het bestaan van een privaatrechtelijke aanspraak nodig, zoals de Hoge Raad oordeelde, dat tevens in strijd is gehandeld met een norm van ongeschreven recht.

277. De Hoge Raad oordeelde in *Eindhoven/Van Ingen q.q.* als *Amsterdam/Have* overigens dat het enkele overschrijden van de wettelijke beslistermijn onvolgende is voor het oordeel dat een onrechtmatige daad is gepleegd. Zuiverder acht ik te zeggen dat met het overschrijden van de beslistermijn op zichzelf wel

51 Merk op dat de verboden die in het Wetboek van Strafrecht zijn neergelegd in de eerste plaats in het strafrecht worden gesanctioneerd. De wederkerigheid tussen normadressaten doet hier echter vanzelf spreken dat degene die met een overtreden strafrechtelijke norm beoogd is te beschermen, ook aanspraak heeft op schadevergoeding.

een onrechtmatige daad is gepleegd – er is immers nagelaten in strijd met een wettelijke plicht – maar daaraan door de aanvrager geen aanspraak kan worden ontleend. Niemand kan trouwens aan een dergelijke onrechtmatige daad een aanspraak ontleen. De onrechtmatige daad is dan jegens niemand onrechtmatig. Op die manier laat zich ook wel begrijpen dat de Hoge Raad van oordeel is dat überhaupt geen sprake is van een onrechtmatige daad.⁵² Onrechtmatigheid en relativiteit vallen hier mijns inziens samen.

Specifieke wettelijke plichten van overheidslichamen: taak in algemeen belang zonder sanctionering

278. Lastiger liggen de casus waarin een overheidslichaam verplichtingen tot een doen in het algemeen belang opgelegd krijgt en een burger schade lijdt ten gevolge van een tekortkoming in de uitvoering van zo'n verplichting zonder dat deze burger bij de uitvoering direct betrokken was. In zijn annotatie bij *Duwbak Linda* heeft Hijma geschreven:

“Dat de Staat zich het belang van de veiligheid te water aantrekt en ten behoeve daarvan een certificatenstelsel heeft ingevoerd, betekent niet dat zij een ‘extra loket’ voor schadelijders heeft willen openen en betekent evenmin dat zij rechtens zo’n extra loket heeft doen ontstaan.” (§ 7)

Deze gedachtegang spreekt mij aan. Naar mijn mening ligt het in het algemeen niet voor de hand dat de wetgever door een controlesysteem in het leven te roepen en in dat kader een overheidsinstantie een bepaalde taak te geven, heeft gewild om een ‘extra loket’ voor schadelijders te openen. Niet goed valt mijns inziens namelijk in te zien waarom de overheid met het in het leven roepen van een controlesysteem, en dus het zorgen voor een hogere mate van veiligheid voor burgers, ook de risico's die door burgers werden gelopen toen het controlesysteem nog niet in werking was, (deels) zou hebben willen overnemen.

Enkele elementen in de door de Hoge Raad in *Duwbak Linda* gegeven motivering sluiten naar mijn mening ook bij het voorgaande aan. De Hoge Raad oordeelde dat het vereiste van een periodiek te verlengen certificaat van onderzoek en de in dat kader te verrichten keuringen vooral deze functie heeft, dat zij de naleving van de verplichting van de eigenaar het schip in een deugdelijke en veilige staat te houden bevorderen en daarop een zekere controle mogelijk maken. In dat verband bracht hij ook naar voren dat de eigenaar van een schip dat geëxploiteerd wordt en deelneemt aan het verkeer verantwoordelijk blijft voor de deugdelijkheid en veiligheid van het schip en dat het certificaat geen garantie is. De Hoge Raad legt zo de nadruk erop dat opgelegde wettelijke plicht een middel is om het algemeen belang te dienen en daarom méér nodig is dan de schending daarvan om een aanspraak op schadevergoeding te laten ontstaan.

52 Hetzelfde doet zich voor in de gevallen waar in strijd met een verbod zonder een vergunning een bepaalde activiteit wordt verricht. Ook dan oordeelt de Hoge Raad, ondanks dat in strijd met een wettelijk verbod wordt gehandeld, dat geen sprake is van een onrechtmatige daad indien wel een vergunning verkregen had kunnen worden. Naar mijn mening is het beter om te oordelen dat met de geschonden norm niet beoogd is te beschermen tegen de schade die zou zijn ontstaan indien voor de activiteit een dekkende vergunning zou zijn verkregen (en ook verkregen had kunnen worden), zie nader nr. 433 e.v.

In deze argumentatie is naar mijn mening de impliciet gelaten structuur van de verplichting wezenlijk. Geen sprake is van wederkerigheid van verplichtingen, maar slechts van een specifiek op een overheidsinstantie gelegde verplichting. Indien de wetgever niet door middel van een wettelijke regeling deze verplichting op een overheidsorgaan zou leggen, maar dat zou doen door middel van een overeenkomst met dat overheidsorgaan, zou vanzelf spreken dat de derden wier belang de maatregelen moeten dienen, daarbuiten staan en zij geen aanspraak hebben op schadevergoeding in het geval van tekortschieten van het overheidsorgaan. Men kan zich afvragen waarom dat anders zou moeten worden enkel omdat de verplichting van het overheidsorgaan in een wettelijke regeling is neergelegd.⁵³ Hier doet zich het omgekeerde voor van het verschijnsel dat wij in de in nr. 256 besproken zaak *Radio Modern/Edah*⁵⁴ zagen. In deze zaak bond een persoon door middel van een aantal overeenkomsten een groep van personen ten behoeve van elkaar aan dezelfde norm. Op deze manier ontstond als het ware de structuur van een door de schuldeiser als 'wetgever' uitgevaardigd algemeen verbindend voorschrift, met als gevolg dat deze personen deze norm niet alleen tegenover de schuldeiser dienden na te komen, maar ook tegenover elkaar. In casus zoals *Duwbak Linda*, waarin de wetgever een verplichting tot een doen oplegt aan een bepaalde overheidsinstantie, gebeurt het omgekeerde. Er ontstaat een rechtsverhouding die een grote mate van gelijkenis vertoont met de situatie waarin twee partijen een overeenkomst sluiten en de een tegenover de ander dient te presteren. In die situatie staan derden, net zoals bij een overeenkomst, in beginsel buiten die verplichting, tenzij blijkt dat bedoeld is die derden ook aanspraken aan de verplichting te laten ontlenen.

Men kan tegen het voorgaande inbrengen dat als de wetgever met het in het leven roepen van een controlesysteem niet zo'n 'extra loket' voor schadelijders heeft willen openen, hij dat dan toch zonder veel moeite uitdrukkelijk had kunnen bepalen. Deze tegenwerping is mijns inziens niet van groot gewicht. Ook in allerlei andere gevallen wordt tot een redelijke begrenzing van aansprakelijkheid gekomen op de grond dat de wetgever *kennelijk* niet heeft bedoeld om een remedie of een bepaalde bescherming te bieden, maar zonder dat de wetgever dat met zoveel woorden naar voren heeft gebracht.

In nr. 276 zagen wij bijvoorbeeld dat uit de gedetailleerde bestuursrechtelijke sanctionering van een verplichting van een bestuursorgaan wordt afgeleid dat de wetgever niet bedoeld zal hebben de norm ook privaatrechtelijk te sanctioneren. In *Bedrijfschap/Klomp*⁵⁵ werd uit het door de wetgever toekennen van het vervolgingsbeleid aan bepaalde overheidsorganen in verband met een bepaalde verplichting afgeleid dat anderen nakoming van de verplichting niet zouden kunnen afdwingen. In hoofdstuk 13 bespreek ik meer in het algemeen dat een grens aan aansprakelijkheid ontstaat indien het geven van een aanspraak op schadevergoeding een andere regeling zou doorkruisen en dat niet bedoeld zal zijn.

53 Op die wettelijke regeling zou vertrouwd kunnen worden, in die zin dat de gelaedeerde de activiteit waarbij hij schade heeft geleden niet zou hebben verricht zonder die wettelijke regeling. Van dergelijk vertrouwen zal doorgaans mijns inziens echter geen sprake zijn.

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

55 HR 15 mei 1970, *NJ* 1970/327 m.nt. G.J. Scholten (*Bedrijfschap/Klomp*), zie nr. 137.

279. Als regel kan mijns inziens worden geformuleerd dat wanneer een overheidslichaam verplichtingen tot een doen in het algemeen belang opgelegd krijgt en de later schadelijgende burger bij de uitvoering daarvan niet direct betrokken is, als uitgangspunt niet bedoeld is een aanspraak op nakoming en/of schadevergoeding aan burgers te geven. Dit wordt anders indien bijzondere redenen of aanwijzingen aanwezig zijn om van het tegendeel uit te gaan.

Op deze wijze laten de beslissingen gegeven in *Zuiderhaven* en *Duwbak Linda* zich verklaren. In het bijzonder wordt duidelijk waarom in deze uitspraken gezocht wordt naar een positieve aanwijzing dat wél bedoeld is om een schadelijgende burger een aanspraak op schadevergoeding te geven.

280. In *Duwbak Linda* lijkt overigens de Hoge Raad – anders dan in *Zuiderhaven* en anders dan in de driemanschapstoelichting – niet het onderscheid te maken tussen, enerzijds, het niet bedoeld zijn om belanghebbenden een aanspraak te geven op gedrag conform de norm en op schadevergoeding in het geval van de schending van die norm en, anderzijds, de met de norm beoogde bescherming. In plaats daarvan lijkt hij te onderscheiden tussen het door de norm beogen te beschermen van het algemeen belang en het door de norm beogen te beschermen van individuele belangen. Deze onderscheidingen vallen in *Duwbak Linda* samen. Het zeggen dat met de norm beoogd is scheepseigenaren te beschermen maar niet bedoeld is aan hen ook een aanspraak op nakoming of schadevergoeding te geven, komt op hetzelfde neer als het zeggen dat met de norm slechts het algemeen belang beoogd is te dienen en niet beoogd is individuele scheepseigenaren te beschermen.

Mijns inziens verdient het de voorkeur om onderscheid te maken tussen, enerzijds, het niet bedoeld zijn om belanghebbenden een aanspraak te geven op gedrag conform en schadevergoeding in het geval van de schending van die norm en, anderzijds, de met de norm beoogde bescherming. Het scherp scheiden tussen het beogen te beschermen van het algemeen belang enerzijds en individuele belangen anderzijds acht ik namelijk gekunsteld. In *Duwbak Linda* onderkent de Hoge Raad dat beoogd is de veiligheid in algemene zin van het scheepvaartverkeer te bevorderen en dat daaronder mede is te verstaan het voorkomen van ongevallen zoals het onderhavige. Toch oordeelt de Hoge Raad dat de norm niet strekt tot bescherming van individuele vermogensbelangen van de gelaedeerde scheepseigenaren. Dat onderscheid acht ik niet goed begrijpelijk en maakt de indruk van een semantisch spel dat wordt gespeeld om een wenselijke uitkomst te krijgen.⁵⁶ Beter kan mijns inziens gezegd worden dat wel beoogd is de scheepseigenaar te beschermen tegen de schade zoals geleden, maar niet bedoeld is een aanspraak te geven op nakoming en/of schadevergoeding. Overigens zullen wij in de in nr. 281 te bespreken zaak *Transportbeton/Eindhoven*⁵⁷ zien dat de schending van een verplichting waarmee uitdrukkelijk beoogd is het algemeen belang te dienen, een aanspraak op schadevergoeding van een individuele gelaedeerde kan doen ontstaan. Dat onderstreept de gekunsteldheid van het maken van scherp onderscheid tussen het beschermen van het algemene belang en individuele be-

56 In zoverre acht ik terecht de kritiek van Di Bella 2014, p. 135 t/m 137 die van mening is dat het oordeel van de Hoge Raad op dit punt niet logisch is.

57 HR 20 juni 1980, NJ 1982/510 m.nt. J.A. Borman (*Transportbeton/Eindhoven*).

langen. Het onderscheid tussen, enerzijds, het niet bedoeld zijn om belanghebbenden een aanspraak te geven op gedrag conform de norm en, anderzijds, de door de norm beoogde bescherming, is bovendien breder bruikbaar. Aan de hand van dit onderscheid laten zich, zoals wij zagen in nr. 276 zagen, de in *Eindhoven/Van Ingen q.q.* en *Amsterdam/Have* door de Hoge Raad gegeven oordelen verklaren. Tevens is dit onderscheid verhelderend in het geval van contractuele normen, zoals ik besprak in nr. 255.

Specifieke wettelijke plichten van overheidslichamen: taak in het algemeen belang, maar toch privaatrechtelijke sanctionering

281. Niet altijd geldt dat een burger geen aanspraak kan ontfemen aan de wettelijke verplichting van een overheidslichaam tot een doen in het algemeen belang waarbij die burger niet direct is betrokken. Te denken valt aan de in nr. 457 nader te bespreken zaak *Transportbeton/Eindhoven*.⁵⁸

De gemeente Eindhoven sloot het Eindhovens kanaal voor alle scheepvaart. Transportbeton sprak de gemeente aan op de grond dat het sluiten van het kanaal zonder toestemming van de Kroon onrechtmatig was. De Koning had in 1843 in het algemeen belang een concessie verleend aan de gemeente om het kanaal aan te leggen en te exploiteren. Voor de sluiting van het kanaal was goedkeuring door de Kroon vereist en deze goedkeuring was door de gemeente gevraagd noch verkregen. De Hoge Raad oordeelde: “Zou de gemeente deze goedkeuring hebben gevraagd, dan zou de minister hebben onderzocht of het algemeen belang zich tegen de sluiting van het kanaal verzet. Daarbij zouden ook de bij het scheepvaartverkeer betrokken belangen, waaronder die van Transportbeton, in de belangenafweging zijn begrepen. De hierin gelegen bescherming van Transportbeton is door de handelwijze van de gemeente ontkracht, zodat de gemeente ook jegens Transportbeton onrechtmatig heeft gehandeld. De gemeente dient de schade te vergoeden, welke Transportbeton heeft geleden en zal lijden doordat de gemeente zonder goedkeuring van de Kroon het kanaal heeft gesloten.”

In deze zaak diende de gemeente het kanaal te exploiteren in het algemeen belang; aan dat belang zou ook worden getoetst of de goedkeuring voor de sluiting van het kanaal zou kunnen worden verleend. De Hoge Raad oordeelde niettemin dat het door de gemeente sluiten van het kanaal zonder de vereiste toestemming tegenover Transportbeton onrechtmatig was. In deze zaak is dus kennelijk wel bedoeld belanghebbenden een aanspraak te geven op gedrag conform de norm dat het kanaal door de gemeente alleen met toestemming mag worden gesloten. Deze conclusie laat zich mijns inziens als volgt verklaren. In *Zuiderhaven* en *Duwbak* blijft het overheidslichaam, ook als dat niet aansprakelijk is, belast met de uitvoering van een bepaalde taak. In *Duwbak Linda* motiveerde de Hoge Raad dat de van toepassing zijnde regeling de functie heeft, dat zij de naleving van de verplichting van de eigenaar het schip in een deugdelijke en veilige staat te houden bevordert en daarop een zekere controle mogelijk maakt. Daaraan wordt niet afgedaan door het oordeel dat op een controlefout geen aanspraak op schadevergoeding kan worden gebaseerd. In *Transportbeton/Eindhoven* is dat mijns inziens anders. De gemeente heeft niet een reguliere beslissing genomen in het

⁵⁸ HR 20 juni 1980, NJ 1982/510 m.nt. J.A. Borman (*Transportbeton/Eindhoven*).

kader van een controlesysteem. Indien de belanghebbenden geen aanspraak op schadevergoeding zouden kunnen hebben, zou de door de gemeente geschonden norm grotendeels haar betekenis verliezen. Geen sprake is van een principieel verschil; het gaat slechts om een kwestie van gradatie, maar wel zodanig dat mijns inziens niet goed verdedigbaar zou zijn om te zeggen dat niet bedoeld is gelaedeerden een aanspraak op gedrag conform de door de gemeente geschonden norm te geven.

Het geschil tussen de Nationale Politie en een groot aantal slachtoffers van het schietincident in Alphen aan den Rijn is een andere zaak waarin burgers wel een aanspraak op schadevergoeding konden ontlenen aan een wettelijke verplichting van een overheidslichaam.⁵⁹ De korpschef van de Politieregio Hollands Midden had aan Van der V. het in de Wet wapens en munitie bedoelde verlot verleend voor het voorhanden hebben en het vervoeren van bepaalde vuurwapens. Vast kwam te staan dat dit verlot was verleend zonder de bij de politie bekende relevante feiten in de beoordeling te betrekken en dat de vergunning was verleend in strijd met het wettelijke gebod om de vergunning niet te verlenen als er reden is om te vrezen dat aan de aanvrager het onder zich hebben van wapens of munitie niet kan worden toevertrouwd of als er reden is om te vrezen dat van het verlot dan wel van wapens of munitie misbruik zal worden gemaakt. Met de vuurwapens waarvoor het verlot was verleend heeft Van der V. in een winkelcentrum op mensen geschoten. Een groot aantal mensen is daarbij gedood en nog meer mensen zijn daarbij gewond geraakt. Van der V. heeft vervolgens zichzelf gedood.

De Hoge Raad oordeelde dat het stringente stelsel van de Wet wapens en munitie niet alleen strekte tot bescherming van het algemene belang, zoals door de Nationale Politie was bepleit, maar ook tot bescherming van individuele burgers:

“De bestaansgrond van dit stringente stelsel is gelegen in de risico’s die zijn verbonden aan het voorhanden hebben van vuurwapens. Gelet op deze bestaansgrond moet worden aangenomen dat de (...) regels niet alleen beogen de veiligheid van de samenleving in algemene zin te bevorderen (...) maar ook om te voorkomen dat individuele burgers het slachtoffer worden van vuurwapenbezit dat niet verantwoord is in de hier bedoelde zin. Verlotverlening in een geval waarin duidelijk was of had moeten zijn dat het verlot niet verantwoord was, is daarom onrechtmatig jegens slachtoffers van het daardoor mogelijk gemaakte vuurwapengebruik.” (rov. 3.1.6)

Net als in *Duwbak Linda* ging het in deze zaak om een controlesysteem met een vergunning-/verlotstelsel. Ten aanzien van het controlesysteem in *Duwbak Linda* betoogde ik in het voorgaande dat niet valt in te zien waarom de wetgever met het in het leven roepen van dat controlesysteem, en het daarmee zorgen voor een hogere mate van veiligheid voor burgers, ook de risico’s die burgers zouden lopen zonder dat controlesysteem (deels) op de overheid zou willen leggen. Om die reden kon geconcludeerd worden dat de wetgever het controlesysteem in het leven heeft geroepen, zonder een ‘extra loket’ voor schadelijders te willen openen.

59 HR 20 september 2019, ECLI:NL:HR:2019:1409 (*Schietincident Alphen aan den Rijn*). Mijns inziens terecht was ook de kritiek van Giesen 2015, p. 277 en Di Bella 2016, p. 129 e.v. op de motivering en uitkomst waartoe Rb. Den Haag 4 februari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:1061 was gekomen.

Naar mijn mening spreekt het niet aan om hetzelfde te zeggen over het controlesysteem dat van belang was voor het schietincident. Het verschil ligt mijns inziens in het volgende.

Voorop staat dat in een democratische rechtsstaat als de onze een kerntaak van de overheid is om te zorgen dat zij het monopolie op het gebruik van geweld heeft. Om die reden dient de wetgever het bezit van wapens, en vuurwapens in het bijzonder, aan banden te leggen. In dit verband kan ook worden bedacht dat wapens, anders dan schepen, gemaakt zijn om schade toe te brengen en geen wezenlijk ander nuttig doel hebben. In *Duwbak Linda* verkleinde de wetgever met het daar aan de orde zijnde controlesysteem een op zichzelf wel aanvaardbaar risico (om aangevaren te worden door een ondeugdelijk schip) dat bepaalde burgers liepen. In de onderhavige zaak behoorde het tot de kerntaak van de overheid om te zorgen dat burgers in beginsel niet geconfronteerd worden met medeburgers met vuurwapens en kon slechts onder stringente voorwaarden aan een burger verlov voor het voorhanden hebben en het vervoeren daarvan worden verleend. Bij dat uitgangspunt kan niet meer worden gezegd dat de wetgever met het creëren van het verlostelsel geen ‘extra loket’ voor schadelijders heeft willen openen. Evenmin kan dan worden gezegd dat niet bedoeld is om aan gelaedeerde burgers een aanspraak op schadevergoeding toe te laten komen. Een en ander nog teminder omdat het geweldsmonopolie en het aan banden leggen van het bezit van (vuur)wapens meebrengt dat burgers minder mogelijkheden hebben om zichzelf te verdedigen en daarvoor in grotere mate op de overheid zijn aangewezen.

Bovendien raken hier de normen van ongeschreven recht die voor overheidsinstanties gelden in het geding. De bijzondere overheidstaak in verband met haar geweldsmonopolie en het aan vuurwapens vrij duidelijk verbonden gevaar en het voor het overige vrij beperkte nut daarvan, maakt, onafhankelijk van de bijzondere wettelijke regeling, naar mijn mening dat de overheidsinstantie die het verlov verleent gemakkelijker onrechtmatige gevaarzetting kan worden verweten dan in de situatie die in *Duwbak Linda* aan de orde was.⁶⁰ Wanneer een overheidsinstantie op grond van het ongeschreven recht niet kon overgaan tot het verlenen van het verlov, spreekt het niet meer aan om te zeggen dat niet bedoeld is om belanghebbenden aan de wettelijke verplichting aanspraken te laten ontleenen.⁶¹

Specifieke wettelijke plichten van overheidslichamen: slotsom

282. In het voorgaande heb ik willen laten zien dat specifiek aan een overheidsinstantie opgelegde wettelijke verplichtingen tot een doen, een bijzondere status hebben. Bij deze verplichtingen is naast de met de verplichting beoogde bescherming, van belang of bedoeld is aan belanghebbenden aan die verplichting aanspraken te laten ontleenen. Als uitgangspunt is dat mijns inziens niet het geval. De vraag wanneer belanghebbenden aan zo’n verplichting wel aanspraken kunnen ontleenen, is daarmee nog niet volledig beantwoord. In het bestek van dit proef-

60 Vgl. Schutgens en Van der Werf in hun annotatie bij Hof Den Haag 27 maart 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:541, JB 2018/102.

61 Zie hierover ook § 8.3.3.

schrift is het verder beantwoorden van die vraag ook niet goed mogelijk. Nog daargelaten dat er betrekkelijk weinig jurisprudentie over dit overwerp is, zou het beantwoorden van deze vraag mijns inziens ook een analyse vergen van de normen van ongeschreven recht die voor overheidsorganen gelden. Het ongeschreven recht kan namelijk van de overheidsinstantie, min of meer onafhankelijk van de voor die instantie geldende wettelijke verplichting, een bepaalde handelwijze verlangen waardoor, indien die overheidsinstantie daarin tekortschiet, de gelaedeerde burger een aanspraak op schadevergoeding heeft. Naar mijn mening is het niet goed mogelijk om de vraag of op de wettelijke verplichting een aanspraak op schadevergoeding kan worden gebaseerd te scheiden van de vraag welke normen van ongeschreven recht voor overheidsinstanties gelden. Wanneer namelijk een overheidsinstantie op grond van het ongeschreven recht tot hetzelfde gehouden is als op grond van de wet, spreekt het niet meer aan om te zeggen dat niet bedoeld is om belanghebbenden aan de wettelijke verplichting aanspraken te laten ontlenuen.⁶² Ook zonder dat geheel helder is onder welke omstandigheden belanghebbenden aanspraken kunnen ontlenuen aan een specifiek aan een overheidsinstantie opgelegde wettelijke verplichting tot een doen, is naar mijn mening van belang de bijzondere, meer ‘interne’ status van dergelijke verplichtingen te onderkennen en bij de analyse van de reikwijdte van aansprakelijkheid onderscheid te maken tussen de met de verplichting beoogde bescherming en de bedoeling om belanghebbenden een aanspraak op nakoming en op schadevergoeding te geven.

Specifieke wettelijke plichten van overheidslichamen en de betekenis van normen van ongeschreven recht

283. Indien niet bedoeld is een burger ter zake van een wettelijke plicht van een overheidslichaam aanspraak op nakoming en/of schadevergoeding te geven, komen de normen van ongeschreven recht in beeld.⁶³ Of het overheidslichaam zich heeft gedragen naar hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, kan in beginsel afhangen van alle omstandigheden van het geval. In het bijzonder lijkt mij van belang te zijn wie schade van welke soort zouden kunnen lijden, hoe waarschijnlijk die schade is,⁶⁴ de mate van beleidsvrijheid van het overheidsorgaan, de aard van de overheidstaak en de aard van gedragingen in verband waarmee op de overheid deze taak is gelegd. Ook indien op de door het overheidslichaam geschonden wettelijke plicht geen aanspraak op schadevergoeding kan worden gebaseerd, kan dat overheidslichaam toch aansprakelijk zijn vanwege de schending van een norm van ongeschreven recht. Als gezegd was binnen het bestek van dit proefschrift niet mogelijk de voor

62 Zie hierover ook § 8.3.3.

63 Giesen 2005, p. 218, 221, 222 acht voor het geval een overheid toezichtsfalen wordt verweten, toetsing aan de normen van ongeschreven recht steeds de aangewezen plaats om te oordelen over aansprakelijkheid van de overheid. Zie voor verschillende situaties waarin toezichtsfalen leidt of kan leiden tot aansprakelijkheid van de toezichthouder: HR 13 oktober 2006, *NJ* 2008/527 m.nt. C.C. van Dam (*DNB/Stichting Vie d'Or*); HR 17 september 2010, *NJ* 2011/88 m.nt. P. van Schilfgaarde (*De Bank Nederlandse Antillen/Veen q.q.*); HR 21 november 2014, *NJ* 2015/217 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Band/AFM*); HR 2 juni 2017, *NJ* 2017/372 m.nt. J. Spier (*J./Staat*).

64 Dit is een uitwerking van de Kelderluikfactoren, zie daarover onder meer: HR 5 november 1965, *NJ* 1966/136 m.nt. G.J. Scholten (*Kelderluik*); HR 7 april 2006, *NJ* 2006/244 (*Bildtpollen/Miedema*), rov. 3.3. en HR 14 juli 2017, *NJ* 2017/467 m.nt. J. Spier (*JMV Spoorwegveiligheid/Zurich*), rov. 3.3.2.

overheidsinstanties geldende normen van ongeschreven recht nader te analyseren.

284. Wel moet worden opgemerkt dat in uitzonderlijke omstandigheden soms op een norm van ongeschreven recht door een belanghebbende geen aanspraken op normconform gedrag en op schadevergoeding kunnen worden gebaseerd.⁶⁵ In *Duwbak Linda* oordeelde de Hoge Raad dat ook de geschonden norm van ongeschreven recht een ongeval zoals het onderhavige beoogde te voorkomen maar niet strekte tot bescherming tegen de schade zoals geleden. Waar men bij een wettelijke norm wel moet aanvaarden dat het de wetgever vrij staat om te bepalen dat een bepaalde norm niet privaatrechtelijk gesanctioneerd is, ligt dat bij een norm van ongeschreven recht enigszins anders. Normen van ongeschreven recht komen, anders dan wettelijke normen,⁶⁶ niet door een rechtshandeling tot stand. Om deze reden kan niet goed gezegd worden, dat niet bedoeld is een norm van ongeschreven recht niet privaatrechtelijk te sanctioneren. Niettemin ligt voor de hand dat wanneer zo'n norm van ongeschreven recht geheel gebaseerd is op bepaalde wettelijke normen, de strekking van de norm van ongeschreven recht als het ware wordt meegezogen in het ontbreken van een bedoeling van de wetgever om de wettelijke normen privaatrechtelijk te sanctioneren.

Eenzelfde verschijnsel doet zich naar ik meen voor bij overeengekomen verplichtingen. Wanneer uit een overeenkomst op grond van het ongeschreven recht verplichtingen voortvloeien, kan als uitgangspunt ook enkel de schuldeiser nakoming van die verplichtingen vorderen en aanspraak maken op schadevergoeding in het geval van schending ervan.

Of met een norm van ongeschreven recht bedoeld is om belanghebbenden aanspraak te geven op gedrag conform die norm, hangt mijns inziens ervan af hoe die norm wordt geconstrueerd. Wordt zij geconstrueerd als een reguliere norm ter zake van gevaarstelling, dan zal die aanspraak bestaan voor degenen die de norm beoogt te beschermen. Alleen als de norm wordt geconstrueerd louter in het kader van een wettelijke of contractuele plicht, dan kan dat naar mijn mening anders liggen.

5.4 **Samenvatting**

285. In dit hoofdstuk heb ik de ingangsvoorwaarde behandeld of de gelaedeerde – ongeacht de met een bepaalde norm beoogde bescherming – überhaupt wel aanspraak kan maken op nakoming van die norm en, in het verlengde daarvan, op schadevergoeding in het geval van schending van die norm (§ 5.1).

In het geval van verplichtingen uit overeenkomst bleek, onafhankelijk van de met de verplichting beoogde bescherming, als uitgangspunt te gelden dat slechts de schuldeiser aanspraak heeft op nakoming en/of schadevergoeding tenzij door contractspartijen beoogd is ook een derde een aanspraak te geven. Het enkele feit dat met een verplichting uit overeenkomst wel beoogd is een derde te bescher-

65 Zie voor de hoofdregel in het geval van dergelijke normen § 5.3.1.

66 Of uit een overeenkomst voortvloeiende verplichtingen, waarover § 5.2.

men, is niet voldoende voor het bestaan van een aanspraak van die derde op gedrag conform die norm van de schuldenaar en op schadevergoeding in het geval van schending van die norm. Anders kan dit worden als de derde zich ook aan deze verplichting tegenover de schuldeiser dient te houden en sprake is van wederkerigheid tussen de schuldenaren (§ 5.2).

In verband met de verschillende door art. 6:162 lid 2 BW geïmpliceerde rechtsplichten geldt het volgende. Aan een subjectief recht kan alleen de recht-hebbende aanspraken ontlenen. Aan een norm van ongeschreven recht kan in beginsel eenieder die met de norm beoogd wordt te beschermen aanspraken ontlenen. In het geval van wettelijke normen ligt de kwestie lastiger. In de drieman-schapstoelichting is ter zake van wettelijke normen onderscheid gemaakt tussen de met de norm beoogde bescherming en de vraag of bedoeld is belanghebben-den een aanspraak op nakoming en/of schadevergoeding te geven. Ook in de li-teratuur is sinds lange tijd algemeen aanvaard dat mogelijk is dat niet met een norm bedoeld is om gelaedeerden aanspraak op schadevergoeding te geven, zelfs als met de norm wel beoogd is die gelaedeerden te beschermen. Hoewel aan normen die voor de overheid gelden volgens de literatuur in dit verband een spe-ciale plaats toekomt, wordt niet duidelijk wanneer gelaedeerden aan een norm geen aanspraken kunnen ontlenen. Ook de jurisprudentie is hierover weinig dui-delijk. Ik heb betoogd dat in het geval van een algemeen verbindend voorschrift dat ook voor burgers kan gelden, het uitgangspunt is dat met de norm bedoeld is degenen die met de norm beoogd worden te beschermen ook aanspraak te geven op gedrag conform de norm. Indien sprake is van een specifiek aan een over-heidsinstantie opgelegde wettelijke plicht, dan kan van relatief subtiële omstan-digheden afhangen of bedoeld is om belanghebbende burgers aanspraak te geven op gedrag conform de norm. Waar het gaat om de wettelijke verplichting van een bestuursorgaan om binnen een bepaalde termijn een besluit te nemen, geldt dat deze verplichting bestuursrechtelijk is gesanctioneerd en daarom (ook) degene die met de norm beoogd wordt te beschermen, geen privaatrechtelijke aanspraak op gedrag conform de norm heeft. Ingeval de overheidsinstantie een verplichting heeft om in het algemeen belang een bepaalde taak uit te voeren, dan is het uit-gangspunt dat ook degenen die met de norm beoogd worden te beschermen geen aanspraak hebben op gedrag van de overheidsinstantie conform die norm. Onder omstandigheden kan dat anders zijn. Wanneer de wettelijke plicht geen basis biedt voor een aanspraak op schadevergoeding kan mogelijk een tevens voor de tekortschietende overheidsinstantie geldende norm van ongeschreven recht wel zo'n basis bieden (§ 5.3).

6 Heeft de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis de schade veroorzaakt?

6.1 Inleiding

286. De tweede in dit deel te behandelen ingangsvoorwaarde is dat causaal verband bestaat tussen de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis en de schade.¹ Voor het bestaan van dat causale verband is, in beginsel,² beslissend of tussen deze gebeurtenis en die schade *condicio-sine-qua non*-verband bestaat. Dat *condicio-sine-qua-non*-verband is aanwezig indien en voor zover de schade niet zou zijn ontstaan wanneer de laedens niet een norm zou hebben geschonden dan wel wanneer de gebeurtenis waarvoor de laedens kwalitatief aansprakelijk is niet zou hebben plaatsgevonden. Ingeval de laedens een doen wordt verweten, werkt deze toets anders uit dan wanneer de laedens een nalaten wordt verweten. Indien de laedens een *doen* wordt verweten, wordt het normschendende doen *weggedacht* en beoordeeld hoe het de gelaedeerde dan zou zijn vergaan. Indien de laedens een *nalaten* wordt verweten, wordt normconform doen *aanwezig gedacht* en vervolgens beoordeeld in welke situatie de gelaedeerde dan zou zijn geraakt.³ Ik neem, zonder nadere bespreking daarvan, in dit boek deze algemeen aanvaarde opvattingen over de toetsing van de aanwezigheid van causaal verband tot uitgangspunt.

287. Ingeval de laedens een normschendend doen wordt verweten, bestaat echter een tweetal netelige problemen waaraan in de Nederlandse literatuur ten onrechte vrijwel geen aandacht besteed wordt en dat hier nadere bespreking behoeft. Beide problemen spelen in de situatie waarin de laedens zich op meerdere manieren conform de norm had kunnen gedragen, en bij het ene normconforme doen van de laedens de schade evenzeer zou zijn ontstaan, terwijl bij het andere normconforme doen van de laedens de schade niet zou zijn ontstaan. In het geval van normschendend nalaten spelen deze problemen overigens niet, omdat bij het on-

1 Niet steeds is voor het vanwege de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis ontstaan van een schadevergoedingsverplichting vereist dat komt vast te staan dat deze gebeurtenis de schade heeft veroorzaakt: met name is dat niet nodig bij de figuur van de proportionele aansprakelijkheid (zie bijvoorbeeld HR 21 december 2012, *NJ* 2013/237 m.nt. S.D. Lindenberg (*Deloitte/Hassink*)) en bij toepassing van art. 6:99 BW. Ik laat dat hier verder buiten beschouwing.

2 Uitzonderingen op deze regel worden gemaakt in met name het geval van meervoudige causaliteit en hypothetische causaliteit, zie hierover bijvoorbeeld Klaassen 2017, nr. 40 e.v. Ook op deze problematiek zal ik hier niet verder ingaan.

3 Zie bijvoorbeeld Asser/Sieburgh 6-II 2017, nr. 50 en 84.

derzoek naar wat zonder de normschending zou zijn gebeurd de norm dicteert van welk handelen van de laedens uitgegaan dient te worden.

In het navolgende behandel ik eerst de vraag of causaal verband dient te bestaan tussen het *gehele* normschendende doen en de schade of slechts tussen het *normschendende element* van dit doen en de schade. In dit verband bespreek ik ook of het bij de vaststelling van het causale verband relevant is of de laedens de schade rechtmatig *had kunnen* veroorzaken (§ 6.2). Vervolgens behandel ik de vraag of bij het onderzoek naar wat zonder de normschending zou zijn gebeurd, na het wegdenken van het normschendende doen, erbij mag worden gedacht hoe de laedens zich in plaats daarvan *zou hebben* gedragen (§ 6.3). Het hoofdstuk sluit ik af met een samenvatting (§ 6.4).

6.2 Causaliteit van de gehele daad of slechts van het normschendende element?

6.2.1 Inleiding: causaliteit van aspecten van gebeurtenissen

288. Waartussen kan causaal verband bestaan? Voor de hand ligt om te denken dat causaal verband kan bestaan tussen gebeurtenissen, gedragingen en/of toestanden; maar causaal verband kan ook bestaan – of bestaat wellicht juist⁴ – tussen *eigenschappen* van die gebeurtenissen, gedragingen en/of toestanden.⁵ Dit laat zich aan de hand van een voorbeeld verduidelijken.

Stel dat met een zwart geschilderde hamer met kracht *x* op een noot wordt geslagen en die noot vervolgens openbreekt.⁶ Is dit concrete slaan met die hamer *condicio sine qua non* voor het openbreken van die noot? Deze vraag laat zich op verschillende manieren begrijpen. Als daarmee bedoeld wordt, of het slaan met de hamer op de noot – in tegenstelling tot het niet op de noot slaan met de hamer – *condicio sine qua non* is voor het openbreken van die noot, dan luidt het antwoord bevestigend: als niet op de noot zou zijn geslagen, zou zij niet zijn opgebroken. Als wordt bedoeld of het slaan met *de zwart geschilderde* hamer noodzakelijk was, dan kan een ontkennend antwoord gegeven worden: als de hamer een andere kleur zou hebben gehad, dan zou de noot evengoed zijn opgebroken. De kleur van de hamer heeft geen causale betekenis voor het openbreken van de noot. Als wordt bedoeld of het slaan met de hamer *met kracht x condicio sine qua non* was, dan hangt het antwoord op de vraag ervan af of de noot ook zou zijn opgebroken indien met een geringere kracht zou zijn geslagen. Denkbaar is dat de noot heel zou zijn gebleven indien met minder kracht was geslagen. Men kan dan zeggen dat het slaan met kracht *x condicio sine qua non* was voor het openbreken. Anders dan de kleur van de hamer, heeft de kracht waarmee werd geslagen dan wel causale betekenis voor het openbreken van de noot.

4 Zie bijvoorbeeld Wright & Puppe 2016, p. 476: “(...) causation occurs between specific properties of events and states of affairs, rather than between those events or states of affairs as a whole.”

5 Zie nader over het probleem van de ‘causale relata’ onder meer Mackie 1980, p. 248-269; Moore 2009, p. 328-332; Paul 2000, p. 235-256; en Ehring 2009, p. 387-413.

6 Dit is een variant op een door Mackie 1973, p. 43 en 265 gegeven voorbeeld.

Hier zien we het verschijnsel dat een bepaalde gedraging als geheel *condicio sine qua non* kan zijn voor het intreden van een bepaalde toestand, maar dat men ook van allerlei aspecten van die gedraging kan bepalen of zij causale relevantie voor het intreden van die toestand hadden.⁷ De causale betekenis van een aspect van een gebeurtenis bepaalt men door alleen dat aspect weg te denken en/of te vervangen en te beoordelen wat dan zou zijn gebeurd. Dat men op deze manier over causale aspecten van gebeurtenissen kan spreken, is mijns inziens weinig opzienbarend: ook een gebeurtenis als geheel is onderdeel, en dus aspect, van een groter geheel van alles dat in werkelijkheid gebeurt.

289. Omgekeerd kan ook beoordeeld worden of bepaalde aspecten van het gevolg – in plaats van dat gevolg als geheel – door (aspecten van) de oorzaak zijn veroorzaakt. Zouden wij bijvoorbeeld niet spreken van het openbreken van de noot, maar precies zeggen in welke stukjes de noot is gebroken, dan ligt voor de hand dat het slaan met kracht *x* steeds *condicio sine qua non* is voor dit gevolg: als zachter of harder zou zijn geslagen, dan zou de noot waarschijnlijk op een andere manier in stukjes zijn gebroken. Zouden de stukjes noot inclusief microscopisch kleine restjes daaraan klevende verf van een bepaalde kleur worden beschreven, dan wordt ook de kleur van de hamer *condicio sine qua non* voor dit gevolg.⁸

290. Tussen twee gebeurtenissen als geheel, maar ook tussen verschillende aspecten van deze gebeurtenissen kunnen allerlei causale verbanden wel of niet bestaan. Het merkwaardige verschijnsel doet zich voor dat causaal verband al dan niet aanwezig kan zijn afhankelijk van de precieze beschrijving van deze gebeurtenissen.⁹

6.2.2 Causaliteit in het aansprakelijkheidsrecht: vier casus

291. Waartussen wordt in het aansprakelijkheidsrecht causaal verband verlangd? Het antwoord lijkt voor de hand te liggen: tussen de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis – de onrechtmatige daad, de gebeurtenis waarvoor kwalitatieve aansprakelijkheid bestaat, of de wanprestatie – en de schade. Bij nadere beschouwing blijkt zich hier een complicatie voor te doen; vooral aan de oorzakenkant – bij de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis – en niet zozeer aan de gevolgenkant – bij de schade.¹⁰ Ik geef vier voorbeelden.

(1) Een automobilist trekt op tot 60 km/u, op een weg waar een maximumsnelheid van 50 km/u geldt. Wanneer een boom omwaait en op de weg belandt, rijdt de automobilist tegen deze boom

7 Mackie 1973, p. 260 sprak van een “*causally relevant feature*”; Paul 2000, p. 235 schreef over “*aspect causation*”.

8 Traeger 1904, p. 41 komt zo tot het illustratieve voorbeeld waarin een vaas is omgestoten en op de grond in stukken uiteenvalt, en men kan zeggen dat het schilderen van de vaas *condicio sine qua non* is voor de (precieze beschrijving van het gevolg) dat op de grond beschilderde stukken vaas liggen.

9 Mackie 1973, p. 260 probeert dit probleem op te lossen door te werken met een “*minimally complete causal account*”. Wright & Puppe (zie de verwijzing in voetnoot 693) menen naar het mij toeschijnt hierom dat causaal verband alleen tussen eigenschappen van gebeurtenissen kan bestaan. Nadere bespreking van deze problematiek is hier niet nodig.

10 Met welke mate van detail de schade dient te worden beschreven is tamelijk helder: details die van invloed zijn op de hoogte van het schadebedrag zijn relevant, andere details niet. Het causale verband dient hierom te bestaan met die aspecten van het gevolg die tot begroting van de schade op een bepaalde omvang leiden.

aan met als gevolg dat de passagier die in de auto meereed schade lijdt. Vaststaat dat als de automobilist maximaal 50 km/u zou hebben gereden, de aanrijding met de boom ook zou hebben plaatsgevonden en tot dezelfde schade voor de passagier zou hebben geleid.

Welk causaal verband is in het aansprakelijkheidsrecht relevant: het causaal verband tussen dat rijden met 60 km/u als geheel en de aanrijding, of het causaal verband tussen het 10 km/u te hard rijden en de aanrijding? Dient, met andere woorden, bij de toetsing of causaal verband aanwezig is, het rijden geheel te worden weggedacht en de vraag te worden gesteld of de aanrijding ook dan zou hebben plaatsgevonden (het antwoord is dan nee), of dient het te harde rijden vervangen te worden door het rijden met de toegestane snelheid van 50 km/u, en dan de vraag te worden gesteld of de aanrijding zou hebben plaatsgevonden (het antwoord is dan ja)? Ook rijst de vraag wat de onrechtmatige daad precies is: het in strijd met een verbod autorijden met 60 km/u, of slechts het rijden voor zover het te hard is?

(2) Een fabrikant brengt een smartphone op de markt met daarin een onderdeel waarop een concurrerende fabrikant een octrooirecht heeft. Het in het verkeer brengen van deze smartphone is vanwege dat octrooirecht in strijd met art. 53 Rijksoctrooiwet. De fabrikant die beschikt over het octrooirecht verkoopt hierdoor minder smartphones en lijdt schade. In de door de inbreukmakende fabrikant in het verkeer gebrachte smartphones had in plaats van het onderdeel waarop een octrooirecht bestond, evengoed een ander, niet beschermd, onderdeel gebruikt kunnen worden. De fabrikant met het octrooirecht zou dan dezelfde schade hebben geleden.¹¹

Dezelfde drie vragen spelen in deze casus. Dient causaal verband te bestaan tussen het op de markt brengen van de smartphone als geheel en de schade, of is nodig dat causaal verband bestaat tussen het gebruiken van het door een octrooirecht beschermde onderdeel in de in het verkeer gebrachte smartphones? Dient bij de constructie van de hypothetische situatie zonder normschending het gehele in het verkeer brengen van de smartphones te worden weggedacht, of dient dit handelen vervangen te worden door het op de markt brengen van de smartphones waarin een onderdeel is vervangen? Wat is de onrechtmatige daad precies: het in het verkeer brengen van de smartphones, of slechts het, zij het middels die smartphones, in het verkeer brengen van het door het octrooi beschermde onderdeel?

(3) Een verbrandingsinstallatie wordt geëxploiteerd zonder de daarvoor benodigde milieuvergunning. Op grond van art. 2.1 lid 1 onder e onder 3 Wet algemene bepalingen omgevingsrecht is dat verboden. Nabijgelegen bedrijven lijden door de exploitatie schade. De exploitatie vindt zodanig plaats dat daar een vergunning voor gegeven had kunnen worden en de exploitatie dan zou voldoen aan de vergunningsvoorwaarden. De exploitatie zou dan tot dezelfde schade hebben geleid.¹²

11 Het voorbeeld is gebaseerd op Hof 's-Hertogenbosch 6 juni 1944, *NJ* 1944/45/623. Zie over het probleem van de 'availability of non-infringing substitutes' ook Deurvorst 1994, p. 55.

12 Vgl. HR 19 juni 1987, *NJ* 1988/91 m.nt. W.C.L. van der Grinten (*IDN/SWU*); HR 3 november 2000, *NJ* 2001/108 m.nt. A.R. Bloembergen (*EBS/Groenewegen Agro*); HR 2 september 2011, *NJ* 2011/392 (*Afvaloven Nee/OMRIN*) en HR 16 juni 2017, *NJ* 2017/265 (*Deve Pluimveebedrijf/B.*).

Dient causaal verband te bestaan tussen het exploiteren van de installatie als geheel en de schade, of tussen het zonder vergunning exploiteren van deze installatie en de schade? Dient bij de constructie van de hypothetische situatie zonder normschending het gehele exploiteren van de installatie te worden weggedacht, of dient er een vergunning bij te worden gedacht? Wat is hier de onrechtmatige daad: het exploiteren van de verbrandingsinstallatie, of het niet beschikken over een vergunning?¹³

(4) De Staat wijst bij besluit percelen ter onteigening aan. Het besluit is niet op de voorgeschreven wijze ter inzage gelegd en is daarom nietig en onrechtmatig. Ten gevolge van het besluit konden de percelen niet door de eigenaar ervan worden verkocht terwijl ondertussen de waarde van de percelen daalde. Vaststaat dat de eigenaar van de percelen deze zou hebben verkocht indien de Staat de percelen niet ter onteigening zou hebben aangewezen en de waardevermindering dan voor rekening van een ander zou zijn gekomen.¹⁴

Dient causaal verband te bestaan tussen het nemen van het besluit als geheel en de schade, of gaat het erom dat causaal verband aanwezig is tussen het niet op de voorgeschreven wijze ter inzage leggen van het ontwerpbesluit en de schade? Dient bij de constructie van de hypothetische situatie zonder normschending het besluit als geheel te worden weggedacht, of dient te worden nagegaan wat zou zijn gebeurd indien het besluit ter inzage was gelegd? Is het besluit als geheel onrechtmatig, of alleen het niet ter inzage leggen van het ontwerpbesluit?

292. Men zou overigens kunnen denken dat in deze vier voorbeelden van belang is wat de laedens zou hebben gedaan in plaats van zijn normschendende gedraging. Of bij de constructie van de hypothetische situatie een normschendend doen mag worden vervangen door hetgeen de laedens in plaats daarvan zou hebben gedaan, behandel ik in § 6.3. Hier is van belang dat de in deze vier voorbeelden aan de orde gestelde problematiek losstaat van en voorafgaat aan de vraag wat de laedens in plaats van zijn onrechtmatige gedraging zou hebben gedaan. Als bijvoorbeeld in de eerste hiervoor besproken casus tot uitgangspunt wordt genomen dat de onrechtmatige daad slechts het 10 km/u te hard rijden is (en niet het autorijden met 60 km/u) dan dient bij de constructie van de hypothetische situatie het 10 km/u te hard rijden (en niet het gehele autorijden met 60 km/u) te worden weggedacht. In de hypothetische situatie rijdt de laedens dan met een snelheid van 50 km/u. Niet meer aan de orde komt dan hoe hard de laedens zou hebben gereden indien hij geen 60 km/u zou hebben gereden.

13 Zie over de benadering van de Hoge Raad nader § 9.2.1.

14 HR 25 mei 1928, *NJ* 1928/1688 m.nt. E.M. Meijers (*De Marchant et d'Ansembourg/Staat*). Het hof oordeelde dat dezelfde schade zou zijn ontstaan indien het besluit wel op de voorgeschreven wijze ter inzage zou zijn gelegd en dus geen causaal verband aanwezig is. De Hoge Raad oordeelde dat de causaliteitseis zo niet mag worden gesteld. In HR 6 januari 2017, *NJ* 2017/62 (*UWI/X*) is de Hoge Raad hierop teruggekomen, zie nader nr. 328 en 336.

6.2.3 Enkele opvattingen in de literatuur

Nederlandse literatuur: de leer van Demogue-Besier

293. In de oudere Nederlandse literatuur hebben deze vragen enige aandacht gekregen. Aanhangers van de leer van Demogue-Besier verdedigden dat een onrechtmatige daad slechts aansprakelijk maakt voor de schade die (ook) het gevolg is van de ‘onrechtmatigheid’ of ‘het specifiek onrechtmatige element’ van de gedraging; causaal verband tussen de gedraging *als geheel* en de schade is volgens deze leer niet voldoende.¹⁵

Naar deze leer is voor de aanwezigheid van het vereiste causale verband in de in § 6.2.2 gegeven voorbeelden beslissend, of de schade is ontstaan door (i) het rijden voor zover het te hard was, (ii) het gebruiken van het door het octrooi beschermde onderdeel in de smartphone, (iii) het ontbreken van een vergunning respectievelijk (iv) het niet ter inzage leggen van het ontwerpbesluit.

Naar mijn mening wordt bij toepassing van de leer van Demogue-Besier in deze casus op elegante wijze tot redelijke uitkomsten gekomen. Het zou mij ook niet verbazen als de lezer zou menen dat zo op de normale wijze wordt getoetst of het vereiste causale verband aanwezig is. De leer van Demogue-Besier wordt in de literatuur echter beschouwd als verworpen door zowel de wetgever als de Hoge Raad.¹⁶ Mijns inziens is de werkelijkheid ingewikkelder dan in de literatuur onderkend wordt: waar het hem uitkomt, past de Hoge Raad deze leer toe en bereikt hij daarmee aansprekende resultaten.

De Hoge Raad toetst namelijk regelmatig of causaal verband tussen het normschendende element van de gedraging en de schade aanwezig is en acht dan onvoldoende dat causaal verband bestaat tussen de normschendende gedraging als geheel en de schade.¹⁷ Een heel ruime interpretatie van de leer van Demogue-Besier, waarin de mogelijkheid om dezelfde schade rechtmatig te veroorzaken meebrengt dat niet het vereiste causale verband tussen de normschendende gedraging en de schade aanwezig is, heeft de Hoge Raad wel uitdrukkelijk verworpen.¹⁸ Behandeling van deze jurisprudentie draagt overigens niet dadelijk bij aan het inzicht in de niet eenvoudige aan de orde zijnde problematiek. Om die reden zal ik niet aanvangen met een bespreking van deze jurisprudentie.

In verschillende buitenlandse landen is overigens ook gesignaleerd dat rechters de ene keer wel causaal verband verlangen tussen het specifiek onrechtmatig element

15 Zie § 2.5.4.

16 Zie bijvoorbeeld Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015, nr. 143; Den Hollander 2016, p. 92 e.v.; Lankhorst 1992a, p. 56 e.v. Verwezen wordt naar Parl. Gesch. Boek 6, p. 635 (T.M.) en HR 25 mei 1928, *NJ* 1928/1688 m.nt. E.M. Meijers (*De Marchant et d'Ansembourg/Staat*); HR 28 juni 1985, *NJ* 1986/356 m.nt. M. Scheltema (*Claas/Van Tongeren*); HR 3 juni 2016, *NJ* 2016/291 (*Hengelo/Wevers*) en HR 6 januari 2017, *NJ* 2017/62 (*UWV/X*).

17 Zie HR 17 juni 1932, *NJ* 1932/1464 m.nt. E.M. Meijers (*Monte Santo*), zie nr. 302; HR 20 juni 1980, *NJ* 1982/510 m.nt. J.A. Borman (*Transportbeton/Eindhoven*), zie nr. 457; HR 29 oktober 1993, *NJ* 1994/108 (*Blok/Vara*); HR 11 januari 2013, *NJ* 2013/47 (*Amsterdam/Have*), zie nr. 456; HR 22 mei 2015, *RvdW* 2015/675 (*Witlox Van den Boomen Accountants/Wahring Consult*), zie nr. 458 en HR 6 januari 2017, *NJ* 2017/62 (*UWV/X*), zie nr. 328.

18 HR 28 juni 1985, *NJ* 1986/356 m.nt. M. Scheltema (*Claas/Van Tongeren*); HR 3 juni 2016, *NJ* 2016/291 (*Hengelo/Wevers*); HR 6 januari 2017, *NJ* 2017/62 (*UWV/X*).

van een daad en de schade en de andere keer niet, zonder dat duidelijk is onder welke omstandigheden deze eis wordt gesteld.¹⁹ Verder heeft de Awb-wetgever voor de (inmiddels oude) schadevergoedingsregeling bij vernietigde besluiten van art. 8:73 (oud) deze leer tot uitgangspunt genomen.²⁰

294. In de Engelse en Amerikaanse literatuur enerzijds en de Duitse literatuur anderzijds is men, naar het lijkt onafhankelijk van elkaar, met deze problematiek een stap verder gekomen.

Engelse en Amerikaanse literatuur: tortious aspect causation

295. Wright heeft helder twee mogelijke interpretaties van het causaliteitsvereis- te onderscheiden:

*“The significance of the causal inquiry in tort law varies dramatically depending on how it is linked to the tortious-conduct inquiry. There are two principal options. The first is to apply the causal inquiry to the defendant’s conduct as a whole (...). The second is to focus the causal inquiry on the tortious aspect of the defendant’s conduct (...). The choice between these two approaches is a decision of policy or principle.”*²¹

Diverse op dit terrein gezaghebbende auteurs – Becht en Miller,²² Hart en Honoré,²³ Keeton,²⁴ Stapleton²⁵ en Wright²⁶ – hebben verdedigd dat causaal verband tussen het “*tortious aspect*” van de gedraging en de schade vereist is.²⁷ Honoré – samen met Hart auteur van het standaardwerk *Causation in the Law* – heeft de hier vermeldenswaardige onderbouwing gegeven:

*“[T]he comparison is not with what would have happened had the defendant done nothing, but what would have happened had he acted properly. (...) The reason why this is the appropriate substitution is that the aim of the legal inquiry is to discover not whether the defendant’s conduct as such made a difference to the outcome, but whether the fact that it was wrongful did so.”*²⁸

296. Men heeft ook een verband gelegd tussen deze causaliteitsproblematiek en de strekking van de geschonden norm. Keeton heeft voor de situaties waarin de laedens *negligence* wordt verweten, verdedigd dat het antwoord op de vraag of causaal verband bestaat tussen het “*tortious aspect*” van de *negligence* en de

19 Zie Moore 2009, p. 327 en Hanau 1971, p. 39.

20 In het kader van de behandeling van art. 8:73 (oud) Awb lichtte de Minister van Justitie toe dat: “*dat het causaal verband dient te bestaan tussen de grond voor de vernietiging van het besluit en de schade*”, zie Parl. Gesch. Awb II, p. 480 (l.k.).

21 Wright 1985, p. 1759.

22 Becht & Miller 1961, p. 22 e.v. en 52 e.v.

23 Hart & Honoré 1985, p. xxxvii e.v. en p. 115 e.v. Zie ook Honoré 1995, p. 372.

24 Keeton 1963, p. 3 t/m 45.

25 Stapleton 2009, p. 754, 755.

26 Wright 1985, p. 1759 e.v.; Wright 2001, p. 1082 e.v.; Wright 2003, p. 1494 e.v.; en zie Wright & Puppe 2016, p. 476.

27 Een gezaghebbende uitzondering is Green, zie Green 1962a, p. 546 e.v. en Green 1972, p. 814. Zie ook uitvoerig over deze problematiek: Moore 2009, p. 327 t/m 368.

28 Honoré 1995, p. 372.

geleden schade, steeds gelijk is aan het antwoord op de vraag of de geschonden norm strekt tot bescherming tegen die schade.²⁹

Keeton gaf hierbij het volgende voorbeeld. De eigenaar van een restaurant plaatst een blik met rattengif in de keuken vlak boven een fornuis. Op dit blik bevindt zich geen etiket dat de inhoud ervan aanduidt. Wanneer een medewerker van het restaurant het fornuis ontsteekt, explodeert het blik. Keeton neemt tot uitgangspunt dat het plaatsen van een blik rattengif zonder etiket in een keuken gevaarzettend is vanwege het gevaar op vergiftiging. Niet kon echter worden voorzien dat het blik zou exploderen, waardoor met het oog op dat gevaar geen sprake was van *negligence*. Volgens Keeton kan de conclusie dat geen aansprakelijkheid voor de explosieschade bestaat, op twee manieren worden bereikt. Enerzijds kan men beoordelen of het *tortious aspect* causaal is voor de schade. Het plaatsen van het blik was *negligent* omdat het etiket ontbrak. Maar ook met etiket zou het blik zijn geëxplodeerd. De gedraging als geheel heeft de schade dus wel veroorzaakt, maar het *tortious aspect*, het ontbreken van het etiket, niet. Anderzijds kan men de strekking van de geschonden norm beoordelen: die strekking is te beschermen tegen het door mensen eten van rattengif; de geschonden norm strekt niet tot bescherming tegen het explosiegevaar.³⁰

Wright heeft erop gewezen dat degenen die redeneren met behulp van de strekking van de geschonden norm, in sommige gevallen impliciet gaan werken met het vereiste van causaliteit van het normschendende element om zo het beschermingsbereik van de norm te kunnen bepalen:

“the risk theorists must smuggle the tortious-aspect causation requirement into their risk analyses”.³¹

Waar Keeton ziet dat het *“tortious-aspect causation requirement”* en het vereiste dat de geschonden norm strekt tot bescherming tegen de schade zoals geleden kunnen samenlopen, ligt voor de hand dat waar de strekking van de norm niet helder wordt door uitlegging van die norm, het vereiste van causaliteit van het normschendende element wellicht meer houvast zou kunnen bieden. In § 6.2.5 en 9.3 zal ik betogen dat inderdaad het doel van de geschonden norm zich soms niet uit gegevens over de norm zelf laat afleiden, maar wel uit het gegeven dat de schade rechtmatig kan worden toegebracht.

Duitse literatuur: rechtmäßigen Alternativverhalten

297. Ook in de Duitse literatuur is onderkend dat het causaliteitsvereiste in het geval van een normschendend doen op twee manieren kan worden gesteld. Hanau heeft in zijn *Habilitationsschrift Kausalität der Pflichtwidrigkeit* geschreven:

“Zwischen einer pflichtwidrigen Handlung und einem Schaden können zwei Bedingungsbeziehungen bestehen, Kausalität des realen Verhaltens und der in ihm steckenden Pflichtwidrig-

29 Keeton 1963, p. 2 e.v.; Honoré 1964, p. 596, 596 wijst er terecht op dat dit niet altijd opgaat.

30 Keeton 1963, p. 3; het voorbeeld is gebaseerd op *Larrimore v. American National Insurance Co.*, 184 Okla. 614, 89 P.2d 340 (1939).

31 Wright 1985, p. 1760.

*keit. Nur das Gesetz und nicht irgendein vorgefaßter Ursachenbegriff kann darüber entscheiden, welcher von beiden Bedingungsbeziehungen haftungsrechtlich erheblich sein soll.*³²

Waar volgens Wright een keuze diende te worden gemaakt gebaseerd op “*policy or principle*” was het volgens Hanau “*das Gesetz*” waaruit volgt welk causaal verband vereist is. Hanau meende, zoals de titel van zijn boek al suggereert, dat de causaliteit van de in de gedraging “*steckenden Pflichtwidrigkeit*” beslissend is.

298. In het algemeen lijkt de Duitse benadering echter te zijn dat bij de constructie van de hypothetische situatie het normschendende doen geheel dient te worden weggedacht.³³ Deze soepelere toets voor de aanwezigheid van het causale verband wordt vervolgens evenwel gecorrigeerd met behulp van de leer van het *rechtmäßigen Alternativverhalten*: in deze leer wordt beoordeeld of de schade ook rechtmatig veroorzaakt had kunnen worden en in dat geval vervalt de aansprakelijkheid voor die schade.³⁴ Deutsch heeft over deze leer treffend geschreven:

*“Wenn sich der Schädiger auf rechtmäßigen Alternativverhalten beruft, bringt er vor, daß sich der Schaden gleichermaßen bei rechtswidrigem und rechtmäßigem Verhalten ereignet hätte, die Rechtswidrigkeit des Verhaltens also nicht erheblich gewesen sei.”*³⁵

Waar Honoré in het kader van de causaliteit dus beslissend achtte of het feit dat de daad “*wrongful*” was een verschil voor de uitkomst heeft gemaakt, schreef Deutsch dat het in de leer van het *rechtmäßigen Alternativverhalten* erom gaat of de “*Rechtswidrigkeit*” van een schadeveroorzakende gedraging “*erheblich*” geweest is voor het ontstaan van de schade.

299. Ook in de Duitse literatuur is een verband gelegd tussen deze problematiek en de strekking van de geschonden norm. Esser heeft verhelderend geschreven dat de laedens die zich beroept op een rechtmatig alternatief daarmee geldend maakt

“daß der Schaden nicht auf den besonderen Unrechtsgehalt seines Vorgehens zurückzuführen sei und leugne damit nichts anderes als den Rechtswidrigkeitszusammenhang”.³⁶

Koziol heeft het in zijn boek *Basic Questions of Tort Law From a Germanic Perspective* nog duidelijker in de strekking van de geschonden norm geplaatst, waar hij schrijft dat in de leer van het *rechtmäßigen Alternativverhalten*

32 Hanau 1971, p. 83.

33 Deutsch 1995, p. 80 schrijft dat bij de toets of een normschendend doen causaal is voor schade het weggedachte doen niet door een ander doen mag worden vervangen. Ook Koziol 2007, p. 13 schrijft dat algemeen onderkend is dat dergelijk ‘erbij denken’ niet is toegestaan. Van eenzelfde opvatting lijkt ook uit te gaan Münchener Kommentar/Oetker 2012 § 249, nr. 103. Staudingers/Schiemann 2005 nr. 2 t/m 11 is minder duidelijk, maar uit de erkenning van de leer van het *rechtmäßigen Alternativverhalten* lijkt noodzakelijkerwijs te volgen dat bij de vaststelling van het causale verband een rechtmatig alternatief geen rol mag spelen.

34 Zie hierover Lange & Schieman 2003, p. 199 en Koziol 2012, p. 279 t/m 286.

35 Deutsch 1995, p. 122.

36 Esser 1970, p. 322.

“(…) there is no causation issue but instead another kind of liability problem: this concerns the link between the unlawfulness and the resulting consequence and, thus, the question of whether according to the protective purpose of the norm governing the conduct at issue, the damaging party should also be liable on the basis of his unlawful conduct for the harm that would likewise have been brought about by lawful conduct”.³⁷

Nog scherper heeft Hanau het verband gelegd tussen de leer van het *rechtmäßigen Alternativverhalten* en de schade waartegen normen beogen te beschermen:

“Schaden, die auch bei normgemäßem Verhalten eingetreten waren, will eine Norm vernünftigerweise nicht verhindern, da sie sie gar nicht verhindern kann.”³⁸

6.2.4 Drie mogelijke invalshoeken

Inleiding

300. Het voorgaande geeft aanleiding nader te analyseren welke causaliteitseis gesteld dient te worden. In § 6.2.2 bleken steeds drie invalshoeken mogelijk. In de eerste plaats kan de vraag worden gesteld of het causale verband dient te bestaan tussen de gedraging als geheel en de schade of tussen het specifiek normschendende element en de schade. In de tweede plaats kan nader onderzocht en gespecificeerd worden wat precies de normschendende gedraging is. In de derde plaats is het mogelijk te vragen of bij de constructie van de hypothetische situatie het gehele gedrag van de laedens dient te worden weggedacht, of dat dit gedrag ook deels mag worden weggedacht en/of mag worden vervangen door ander rechtmatig gedrag. In het navolgende werk ik uit waartoe de benadering van het causaliteitsprobleem vanuit elk van deze invalshoeken leidt.³⁹

Causaliteit van het normschendende element

301. Het denken in termen van causaliteit van het normschendende element spreekt in allerlei casus aan, omdat zich in die casus betrekkelijk eenvoudig een normschendend element, als onderdeel van de meeromvattende normschendende gedraging, laat identificeren.

In de in § 6.2.2 besproken casus is dat normschendende element: het te harde rijden, het gebruik maken van een beschermd onderdeel in een op de markt gebrachte smartphone, het niet hebben van een vergunning respectievelijk het niet ter inzage leggen van het ontwerpbesluit. Het normschendende element is in de eerste twee casus een doen en in de laatste twee casus een nalaten.

In andere gevallen kan het identificeren van het normschendende element echter lastiger liggen. Ik bespreek enkele casus om te verduidelijken welke moeilijkheden zich voordoen.

37 Koziol 2012, p. 169.

38 Hanau 1971, p. 70, 71. In dezelfde zin Götzler 1977, p. 26.

39 In § 6.3 bespreek ik of ook van belang is wat de laedens in plaats van zijn normschendend handelen zou hebben gedaan.

Een automobilist rijdt te ver naar rechts, op het gedeelte van de weg dat bestemd is voor fietsers. De automobilist handelt aldus in strijd met art. 5 WVV. Op grond van deze bepaling is het eenieder verboden zich zodanig te gedragen dat gevaar op de weg wordt veroorzaakt of kan worden veroorzaakt of dat het verkeer op de weg wordt gehinderd of kan worden gehinderd. Een fietser, die dronken is zonder dat de automobilist daarvan kennis heeft of kon hebben, begint te slingeren precies als de automobilist langsrijdt. De fietser geraakt onder de aanhangwagens die aan de auto gekoppeld was en loopt hierbij ernstig letsel op. Zou de automobilist niet te ver naar rechts hebben gereden, dan zou de fietser ook onder de aanhangwagens zijn geraakt (zij het gedeelten van een seconde later) en hetzelfde letsel hebben opgelopen.⁴⁰

In deze casus is het identificeren van het onrechtmatige element nog betrekkelijk eenvoudig: het onrechtmatige element is het te ver naar rechts rijden. Moeilijkheden bij de identificatie van het normschendende element ontstaan indien de gehele gedraging plaatsvindt op een verkeerde plaats. In de volgende casus doet dit zich voor.

De N.V. Nederlandse Spoorwegen heeft een transformatorstation in de buurt van een hotel van Jansen gebouwd. Vast komt te staan dat dit gebeurd is in strijd met de bouwverordening: het transformatorstation staat 3,3 meter dichter bij het hotel dan toegestaan en daarmee geheel op een verkeerde plaats. Het uitzicht vanuit het hotel is hierdoor verminderd en Jansen lijdt schade. Dezelfde schade zou echter zijn ontstaan indien het transformatorstation overeenkomstig de voorwaarden van de bouwverordening zou zijn gebouwd.⁴¹

Is in deze casus sprake van een normschendend element? Het transformatorstation staat nu toch geheel op een plaats waar dat verboden is? Toch is het onderscheid met het geval waarin een gedraging slechts deels op een verkeerde plek plaatsvindt niet wezenlijk; het is een kwestie van gradatie. Aldus redenerend, kan men ertoe komen om het onrechtmatige element van een gedraging te definiëren als de wijze waarop de gedraging afwijkt van een gedraging die wel rechtmatig zou zijn geweest. Op deze wijze kan men zeggen: het plaatsen van het transformatorstation is op zichzelf niet onrechtmatig, het normschendende element is alleen de precieze plaatsing van het station. Die precieze plaatsing is niet causaal voor de schade, omdat als het transformatorstation elders rechtmatig was geplaatst de schade ook zou zijn ontstaan.

Mogelijk is ook het normschendende element anders te definiëren, bijvoorbeeld door slechts toe te staan dat een fysiek gedeelte van de gedraging normschendend element kan zijn, bijvoorbeeld het gedeelte van de auto dat zich te ver naar rechts bevindt. Een dergelijk definitie is naar ik meen niet goed werkbaar. Is bijvoorbeeld het 10 km/u te hard rijden een fysiek gedeelte van de normschendende gedraging? Ook als men daarbij bedenkt dat als de auto 10 km/u langzamer zou hebben gereden, de auto zich op het relevante moment in zijn geheel op een andere plaats zou hebben bevonden dan feitelijk het geval was?

302. De vraag naar de causaliteit van het onrechtmatige element wordt zo een vraag naar het bestaan van een rechtmatig alternatief om dezelfde schade toe te

40 Het voorbeeld is ontleend aan BGH 25 september 1957, *BGHSt* 11, 1.

41 Hof Amsterdam 3 december 1959, *NJ* 1960/501 (*N.V. Nederlandse Spoorwegen/Jansen*).

brengen: waar immers zo'n rechtmatig alternatief bestaat is het onrechtmatige element van de gedraging niet causaal voor de schade. Onder omstandigheden blijken beide benaderingen echter met elkaar te schuren.

Dit gebeurt bijvoorbeeld in de *Monte Santo*-zaak, een van de zaken waarvan wordt aangenomen dat de Hoge Raad de leer van Demogue-Besier toepaste.⁴² De schepen Elzasier en Monte Santo naderden elkaar op de Nieuwe Waterweg. Omdat de Elzasier niet de voorgeschreven koers voer, was de Monte Santo genoodzaakt een uitwijkmanoeuvre te maken. De Monte Santo geraakte hierbij aan de grond. Zij werd vervolgens door de sterke ebstroom meegeslept en kwam in aanvaring met een voor anker liggende zandzuiger, de Geopotes IV. Vast kwam te staan dat de Monte Santo, in strijd met art. 26 lid 1 van het toen geldende Binnenaanvaringsreglement, met (enigszins) te hoge snelheid had gevaren en aldus een verkeersnorm had geschonden. Dit te harde varen was *condicio sine qua non* voor de aanvaring tussen haar en de Geopotes IV: zou de Monte Santo langzamer hebben gevaren, dan zou zij de Elzasier ergens anders hebben ontmoet en zou een uitwijkmanoeuvre niet tot een aanvaring met de Geopotes IV hebben geleid. Het hof oordeelde, gesanctioneerd door de Hoge Raad, "*dat tusschen de snelheid der 'Monte Santo' en het onderhavige ongeval geen causaal verband bestond*" omdat "*het ongeval ook zou hebben plaats gevonden, indien de 'Monte Santo' op het tijdstip, waarop het ongeval is geschied, ter plaatse ware gekomen met een vaart, die geheel voldeed aan den eisch van [art. 26 lid 1 Binnenaanvaringsreglement (oud)]*".

Dat het varen van de Monte Santo in strijd met een verkeersnorm als geheel causaal is voor de schade aan de Geopotes IV, is duidelijk. Indien namelijk het door de Monte Santo op de Nieuwe Waterweg varen geheel wordt weggedacht, zou de schade aan de Geopotes IV niet zijn ontstaan. Is ook het onrechtmatige element, het te harde varen, causaal voor deze schade? Dat lijkt wel het geval te zijn: indien de Monte Santo niet harder dan de toegestane maximumsnelheid zou hebben gevaren, zou de schade niet zijn ontstaan. Uitgaande van de hiervoor gegeven definitie van het onrechtmatige element, waarin beslissend is of de schade ook op rechtmatige wijze toegebracht had kunnen worden, kan men echter ook zeggen dat het te harde varen niet causaal is: als de Monte Santo eerder zou zijn vertrokken, dan zou ook zonder het te harde varen dezelfde schade zijn ontstaan. Hier gaan beide benaderingen dus schuren. Tegelijkertijd blijkt causaliteit van het 'onrechtmatige element' hier een enigszins ongrijpbare notie te zijn.⁴³

De benadering waarin het onrechtmatige element wordt bepaald door na te gaan hoe de normschendende gedraging afwijkt van een gedraging die wel rechtmatig zou zijn, leidt bovendien ertoe dat in te veel gevallen het vereiste causale verband komt te ontbreken.⁴⁴

A schiet tijdens een ruzie in een opwelling zijn buurman met een pistool neer. Had dat ook rechtmatig gekund? Ja, namelijk als sprake is van noodweer.

Moet hier geconstateerd worden dat het onrechtmatige element niet zozeer het schieten was, maar de afwezigheid van noodweer, en dan de vraag gesteld wor-

42 HR 17 juni 1932, *NJ* 1932/1464 m.nt. E.M. Meijers (*Monte Santo*).

43 Zie ook het meningsverschil over vergelijkbare casus tussen Hart & Honoré 1985, p. xxxviii en xxxix en Mackie 1973, p. 131.

44 Zie nader over deze problematiek en de daarmee verband houdende leer van Demogue-Besier, § 9.2.

den of indien sprake van noodweer zou zijn geweest, het schieten dezelfde gevolgen zou hebben gehad? Naar het mij voorkomt, behoeft nauwelijks nadere toelichting dat dit niet een werkbare benadering van deze casus is: op die manier zou nooit het vereiste causale verband tussen een onrechtmatige daad en de schade aanwezig zijn.⁴⁵

303. Uit het voorgaande trek ik de volgende conclusie over de benadering waarin caasaal verband tussen het normschendende element van de gedraging en de schade wordt verlangd. Het onrechtmatige element van een normschendende gedraging dient op een bepaalde manier te worden gedefinieerd. Definieert men het normschendend element als de wijze waarop de normschendende gedraging afwijkt van een gedraging die wel rechtmatig zou zijn geweest, dan wordt voor de vaststelling van het causale verband beslissend of dezelfde schade ook rechtmatig toegebracht had kunnen worden. De omstandigheid dat dezelfde schade ook rechtmatig toegebracht had kunnen worden, heeft echter niet steeds dezelfde betekenis. In allerlei gevallen noopt deze omstandigheid betrekkelijk evident tot het oordeel dat het niet redelijk zou zijn om de laedens te verplichten tot vergoeding van de door de onrechtmatige daad veroorzaakte schade. Te denken valt onder meer aan het voorbeeld met de te hard rijdende auto: de omstandigheid dat dezelfde schade zou zijn ontstaan indien de bestuurder met de maximaal toegelaten snelheid zou hebben gereden, maakt dat het niet redelijk zou zijn om de bestuurder aansprakelijk te houden voor de schade van de passagier die het gevolg is van het onrechtmatige rijden als geheel. Tegelijkertijd is duidelijk dat het enkele feit dat de schade, onder bepaalde, mogelijk uitzonderlijke omstandigheden, ook rechtmatig toegebracht had kunnen worden, niet altijd van voldoende gewicht is om geen schadevergoedingsverplichting aan te nemen. De omstandigheid dat de door een onrechtmatige daad toegebrachte schade in het geval van noodweer of in het geval van toestemming van de gelaedeerde rechtmatig had kunnen worden toegebracht doet het doorgaans bijvoorbeeld niet onredelijk zijn om de laedens te verplichten de door zijn onrechtmatige daad veroorzaakte schade te vergoeden. Om deze reden is een aanvullend criterium nodig om te bepalen welke consequentie dit gegeven dient te hebben. Zonder dit aanvullende criterium kan niet zinvol worden gewerkt met het vereiste van causaliteit van het normschendende element.

Nadere specificatie van de normschendende gedraging

304. De tweede benadering bestaat uit het scherper duiden van welk deel van een gedraging kwalificeert als een onrechtmatige daad. Als uitgangspunt geldt dat welk gedrag als een onrechtmatige daad kwalificeert, bepaald wordt door de geschonden gedragsnorm. Door deze gedragsnorm uit te leggen, kan scherper worden gespecificeerd welk gedrag precies verboden is. Op die manier kan een gedraging van de laedens worden ontleed in verboden gedrag en rechtmatig gedrag dat tegelijkertijd plaatsvond.

⁴⁵ Kennelijk had Rutten dergelijke voorbeelden op het oog toen hij tot de conclusie kwam dat de leer van Demogue-Besier ertoe leidt dat vrijwel nooit aansprakelijkheid bestaat; zie § 2.6.4.

305. De gedragsnorm kan worden uitgelegd aan de hand van de gegevens die normaliter bij wetsuitleg een rol spelen. De bewoordingen van de norm zullen daarbij in het algemeen op de eerste plaats komen: de bewoordingen maken de norm immers kenbaar. De bijzonderheid doet zich echter voor, dat voor de uitleg van de norm ook relevant kan zijn welke gedragingen meer in het algemeen rechtmatig zijn. Indien bijvoorbeeld een automobilist met een snelheid van 60 km/u rijdt terwijl een maximumsnelheid van 50 km/u geldt, kan men zeggen dat dit rijden slechts onrechtmatig is voor zover te hard wordt gereden. Aan het gedragsvoorschrift dat de maximumsnelheid oplegt wordt zo op een natuurlijke manier, in wezen een wetssystematische, uitleg gegeven: omdat de wetgever het rijden met 50 km/u heeft toegestaan, zal hij met het geven van het verbod om met een hogere snelheid dan 50 km/u te rijden, niet het gehele gedrag in strijd met de norm hebben willen doen zijn, maar alleen het rijden voor zover het te hard was.

306. Het gegeven dat eenzelfde gedraging rechtmatig kan plaatsvinden, kan bij de uitleg van de gedragsnorm soms zelfs een groter gewicht hebben dan de bewoordingen van die norm.

Een automobilist let niet op tijdens het autorijden. Het autorijden en het tegelijkertijd onvoldoende opletten is in strijd met art. 5 WVV. Op grond van art. 5 WVV is het eenieder namelijk verboden zich zodanig te gedragen dat gevaar op de weg wordt veroorzaakt of kan worden veroorzaakt of dat het verkeer op de weg wordt gehinderd of kan worden gehinderd. Wanneer de voorliggende auto plots sterk remt, ontstaat een aanrijding. De aanrijding zou ook zijn ontstaan als de automobilist wel goed had opgelet.

Wat is in deze casus de onrechtmatige daad? Beschouwt men de bewoordingen van het gedragsvoorschrift, dan is er alle reden om te zeggen dat de onrechtmatige daad het rijden en het tegelijkertijd niet-opletten is. Die onrechtmatige daad veroorzaakt de schade ook: denkt men haar – dus zowel het rijden als het niet-opletten – weg dan zou de schade niet zijn ontstaan. Naar ik meen, zal men in het algemeen echter geneigd zijn slechts het niet-opletten als onrechtmatig aan te merken. Die conclusie kan men bereiken door de gedragsnorm zodanig uit te leggen dat daarmee niet het autorijden verboden wordt, maar in de gegeven situatie slechts een verplichting tot opletten bestaat. Men baseert deze uitleg dan niet zozeer op de bewoordingen van het gedragsvoorschrift maar op het gegeven dat autorijden in het algemeen is toegestaan. Deze uitleg schuurt zelfs behoorlijk met de bewoordingen van art. 5 WVV omdat volgens die bewoordingen gevaarlijke gedragingen verboden zijn en de gevaarlijke gedraging bestaat uit het rijden en tegelijkertijd niet opletten.

307. De op het eerste gezicht enigszins merkwaardige jurisprudentie van de Hoge Raad over het uitoefenen van een activiteit zonder de daarvoor vereiste vergunning,⁴⁶ laat zich aan de hand van het voorgaande beter begrijpen. In de situaties waarop deze jurisprudentie betrekking heeft, verbiedt de wet in het algemeen een

46 Zie HR 19 juni 1987, *NJ* 1988/91 m.nt. W.C.L. van der Grinten (*IDN/SWU*), rov. 3; HR 3 november 2000, *NJ* 2001/108 m.nt. A.R. Bloembergen (*EBS/Groenewegen Agro*), rov. 3.5.1; HR 2 september 2011, *NJ* 2011/392 (*Afvaloven Nee/OMRIN*), rov. 3.4; HR 16 juni 2017, *NJ* 2017/265 (*Deve Pluimveebedrijf/B.*), rov. 3.3.2. Zie hierover nader § 9.2.1.

bepaald soort activiteit en geldt een uitzondering op dat verbod in het geval dat degene die de activiteit uitoefent over een vergunning beschikt. Gaat men uit van de bewoordingen van zo'n verbod, dan is het verrichten van de daarin gespecificeerde activiteit zonder over de vergunning te beschikken een handelen in strijd met een wettelijke plicht en dus een onrechtmatige daad. Niet relevant voor de kwalificatie is of degene die de activiteit verrichte wel of niet over een vergunning zou hebben kunnen beschikken. Naar vaste rechtspraak van de Hoge Raad pleegt echter degene die zo'n verboden activiteit verricht en niet beschikt over een vergunning geen onrechtmatige daad indien daarvoor een vergunning zou kunnen worden verleend. Dat verhoudt zich op het eerste gezicht tamelijk moeilijk tot de bewoordingen van de wettelijke norm en tot de in art. 6:162 lid 2 BW neergelegde regel dat een gedraging in strijd met een wettelijke plicht geldt als onrechtmatige daad. Men zou echter kunnen zeggen dat de Hoge Raad bij de uitleg van de geschonden, wettelijke norm doorslaggevende betekenis toekent aan het gegeven dat een bepaalde activiteit meer in het algemeen rechtmatig kan worden ontplooid en dan doorgaans ook maatschappelijk volkomen geaccepteerd is. In deze uitleg is het verrichten van een bepaalde in de wet gespecificeerde activiteit zonder vergunning niet verboden, maar slechts het verrichten van die activiteiten voor zover daarvoor geen vergunning verkregen kan worden. Op deze manier laat zich verklaren dat degene die een activiteit verricht waarvan in de wet staat dat deze verboden is tenzij diegene over een vergunning beschikt, geen onrechtmatige daad pleegt.

308. In de benadering waarin door uitleg van de gedragsnorm wordt bepaald wat precies de onrechtmatige daad is, rijst de vraag welk gewicht het gegeven dat vergelijkbaar gedrag op rechtmatige wijze kan worden verricht, bij deze uitleg dient te hebben. Uit de in het voorgaande gegeven voorbeelden bleek dat soms dat gewicht zo groot is dat een gedraging die in strijd is met de bewoordingen van een gedragsnorm, niet (geheel) als onrechtmatig kwalificeert. Dat kan echter niet steeds het geval zijn, omdat dan aan gedragsnormen hun betekenis wordt ontnomen. Met deze tweede benadering lopen wij dus tegen precies hetzelfde probleem aan als met de eerste benadering: nodig is een criterium om te bepalen wat de consequentie dient te zijn van het gegeven dat een bepaalde gedraging (deels) rechtmatig kan worden verricht. Deze tweede benadering is bovendien enigszins gekunsteld: om wenselijke resultaten te bereiken wordt aan gedragsnormen een uitleg gegeven die in strijd is met de bewoordingen ervan.

Het uitgangspunt voor de hypothetische situatie

309. In de derde benadering is de vraag: wat dient bij de constructie van de hypothetische situatie, zonder de normschendende gedraging van de laedens, tot uitgangspunt genomen te worden? Dient de gehele onrechtmatige gedraging van de laedens te worden weggedacht, of slechts een deel ervan, en mag eventueel de gedraging (deels) worden vervangen door een andere rechtmatige gedraging? Op deze manier komt de problematiek op een technisch zuivere manier voor te liggen, en vermijdt men het soms toch wat esoterisch aandoende identificeren van het onrechtmatige aspect en de soms gekunstelde uitlegging van de geschonden norm.

310. Wat is nu toegestaan bij het kiezen van het van de werkelijkheid afwijkende uitgangspunt op basis waarvan onderzocht dient te worden wat zou zijn gebeurd? Naar mijn mening is het niet zinvol om te zeggen dat toegestaan is om gedragingen deels weg te denken, maar niet is toegestaan om gedragingen erbij te denken.⁴⁷

In bijvoorbeeld de casus waarin de laedens 60 km/u rijdt in plaats van de maximaal toegestane snelheid van 50 km/u, zou men wellicht kunnen denken dat de gedraging deels kan worden weggedacht door de laedens 10 km/u minder hard te laten rijden. In fysieke zin vervangt men echter het gedrag volledig: door de auto langzamer te laten rijden, denkt men weg dat de auto zich op het relevante moment op een bepaalde plaats bevond en denkt men erbij dat de auto zich op dat moment op een andere plaats bevindt.

311. Honoré, zo zagen wij in nr. 295, meende dat de feitelijke situatie niet vergeleken dient te worden met wat gebeurd zou zijn “*had the defendant done nothing*”, maar met wat gebeurd zou zijn indien de laedens “*acted properly*”. Het niets doen, in plaats van onrechtmatig handelen, is niet volkomen tegengesteld aan het naar behoren handelen. Ook het niets doen, in plaats van onrechtmatig handelen, is immers in het algemeen een manier om zich rechtens behoorlijk te gedragen. Door te verlangen dat vergeleken wordt met de situatie waarin de laedens naar behoren had gehandeld, bedoelde Honoré naar ik meen dat vergeleken dient te worden met de situatie waarin de laedens op een wijze handelt die zoveel mogelijk, althans méér dan het niets doen, lijkt op de onrechtmatige handeling, maar dan rechtmatig is.⁴⁸

Ontegenzeggelijk leidt deze benadering in allerlei gevallen, op elegante wijze, tot een wenselijke begrenzing van aansprakelijkheid vanwege het ontbreken van causaal verband.

In de in § 6.2.2 besproken voorbeeldcasus leidt dit ertoe dat de feitelijke situatie vergeleken dient te worden met wat zou zijn gebeurd als (i) de automobilist 50 km/u had gereden, (ii) de smartphone met een niet-beschermd onderdeel op de markt zou zijn gebracht, (iii) de verbrandingsinstallatie met vergunning zou zijn geëxploiteerd en (iv) het ontwerpbesluit ter inzage was gelegd.

Tegelijkertijd wordt het causaliteitsvereiste, anders dan in de hiervoor besproken eerste en tweede benadering, niet zo streng ingevuld dat daaraan vrijwel nooit wordt voldaan. In deze benadering is, anders dan in de eerste en in de tweede benadering, niet relevant of in theorie eenzelfde gedraging ook rechtmatig had kunnen worden verricht en tot dezelfde schade zou hebben geleid. Noodzakelijk

47 Voor het Belgische recht bepleit Van Quickenborne 1971, p. 18, 19, 63, 75, 85 een dergelijke benadering. Volgens hem dient causaal verband te bestaan tussen het foutief element en de schade, maar mag men bij de constructie van de hypothetische situatie niet een onrechtmatige gedraging (deels) vervangen door een rechtmatige gedraging.

48 Men zou wellicht kunnen denken dat Honoré bedoelde dat gesubstitueerd dient te worden hoe de laedens *zou hebben* gehandeld. Honoré had dat echter niet op het oog. Volgens Honoré behoefde slechts te worden aangevoerd dat als de laedens zich op een bepaalde manier behoorlijk zou hebben gedragen, de schade niet zou zijn ontstaan, en niet ook dat de laedens zich op die manier behoorlijk zou hebben gedragen in plaats van zijn onrechtmatige gedraging, zie Honoré 1995, p. 367 t/m 369 en in dezelfde zin Hart & Honoré 1985, p. lviii t/m lx.

is nu dat de laedens zich in de voorliggende situatie ook daadwerkelijk op deze rechtmatige wijze had kunnen gedragen en dan de schade ook zou zijn ontstaan.⁴⁹

Te onzent was Langemeijer van mening dat de leer van Demogue-Besier bruikbaar was indien men bij de bepaling van het uitgangspunt in de hypothetische situatie alleen die rechtmatige gedragingen substitueerde die de laedens daadwerkelijk had kunnen verrichten.⁵⁰ Kerkmeester en Visscher hebben een vergelijkbare interpretatie van de leer van Demogue-Besier verdedigd.⁵¹

312. In allerlei casus kan deze benadering echter ertoe leiden dat de laedens ten onrechte niet meer aansprakelijk is. Deze benadering leidt mijns inziens daarom ook tot een te scherpe begrenzing van aansprakelijkheid. Ik geef twee voorbeelden.

(1) A verkocht een poster waarop B auteursrecht had. B verkocht hierdoor minder posters. Door B aangesproken tot schadevergoeding, betoogde A dat hij ook een gelijksoortige, niet-inbreukmakende, poster had kunnen ontwerpen en verkopen en B dáárhoor dan minder posters zou hebben verkocht. Het Reichsgericht verwierp dit verweer op de grond dat het ongerijmd zou zijn indien de laedens voor de door zijn onrechtmatige daad daadwerkelijk toegebrachte schade niet aansprakelijk zou zijn op de enkele grond dat de schade ook op rechtens toegestane wijze toegebracht had kunnen worden.⁵²

Naar mijn mening, en zoals ook door het Reichsgericht tot uitdrukking werd gebracht, is het hier onbevredigend om de laedens te laten weggkomen voor zover hij met behoorlijk gedrag dezelfde schade had kunnen doen ontstaan: hier heeft het gegeven, dat sprake is van onrechtmatig handelen en daardoor ook schade is ontstaan, daarvoor een te groot gewicht.

(2) Een verdachte wordt twee weken in bewaring gesteld zonder dat het op grond van art. 63 lid 1 Sv vereiste bevel door de rechter-commissaris is gegeven. De verdachte, die zpp'er is, lijdt hierdoor schade. Zou de rechter-commissaris gevraagd zijn het benodigde bevel te geven, dan zou hij dat ook hebben gedaan.

Ook hier zou ik menen dat het niet bevredigend is de overheid aansprakelijkheid te laten ontlopen op de grond dat bij behoorlijk handelen van de overheid dezelfde schade zou zijn ontstaan. Ook hier heeft het vereiste van de rechterlijke machtiging bij deze vrijheidsbeneming en het gegeven dat door de onrechtmatige vrijheidsbeneming schade is ontstaan een te groot gewicht.⁵³

313. Dit brengt mij tot de volgende slotsom over de derde benadering. Indien men in deze benadering bij de constructie van de hypothetische situatie onrecht-

49 Deze opvatting kan overigens tot lastige onderscheidingen leiden, omdat voor de vraag of iemand zich op een bepaald moment daadwerkelijk op een bepaalde manier rechtmatig had kunnen gedragen, van belang kan zijn of diegene op een eerder moment een vergunning heeft aangevraagd of bijvoorbeeld een voorbereidingsbesluit heeft genomen (zie over nuances die de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State hier maakt, nr. 443 e.v.).

50 Langemeijer 1940b, p. 534 en 535.

51 Kerkmeester & Visscher 1999, p. 838.

52 RG 29 maart 1938, *JW* 1938, 1959.

53 Zie nader de bespreking in nr. 457 van OGH 15 juli 1981, ECLI:AT:OGH0002:1981:0010OB00035.8.0715.000 (*Glashaus*).

matig doen van de laedens substitueert door rechtmatig doen waartoe de laedens ook in staat zou zijn geweest en dat zoveel mogelijk op dit onrechtmatig doen lijkt, wordt in meer situaties dan bij de eerste twee benaderingen tot een wenselijke uitkomst gekomen. Uiteindelijk ontstaat echter hetzelfde probleem als bij de eerste twee benaderingen. Soms leidt het gegeven dat de schade bij behoorlijk, rechtmatig gedrag toegebracht had kunnen worden op aansprekende wijze tot de conclusie dat geen aansprakelijkheid voor die schade dient te bestaan. Soms ook kan dat gegeven deze conclusie niet dragen. De omstandigheid dat de schade door onrechtmatig doen is ontstaan heeft dan een groter gewicht dan het gegeven dat de laedens dezelfde schade ook rechtmatig toe had kunnen brengen. Honoré is, naar ik vermoed, tot zijn opvatting gekomen uitsluitend op grond van enkele casus waarin zijn benadering toevallig goed werkt,⁵⁴ zonder oog te hebben voor casus waarin dat niet het geval is. Ook bij deze derde benadering is de vraag op welke wijze en met behulp van welk criterium aan het gegeven, dat de laedens de schade ook rechtmatig had kunnen veroorzaken, een conclusie over het al dan niet bestaan van aansprakelijkheid kan worden verbonden.

6.2.5 *De rol van het doel van de geschonden norm*

314. De sleutel tot de oplossing van het in het voorgaande steeds terugkerende probleem – wanneer dient het gegeven dat de schade ook rechtmatig veroorzaakt had kunnen worden ertoe te leiden dat de laedens niet aansprakelijk is – ligt mijns inziens in het beschermingsdoel van de geschonden norm.

315. Indien duidelijk is dat met de geschonden norm beoogd is te beschermen tegen de schade zoals geleden, dan is het niet redelijk om de laedens van aansprakelijkheid te bevrijden op de grond dat dezelfde schade ook rechtmatig toegebracht had kunnen worden.

In de hiervoor besproken casus waarin een poster wordt verkocht en daarmee inbreuk op auteursrecht wordt gemaakt en in de casus waarin zonder de vereiste rechterlijke machtiging een burger zijn vrijheid wordt ontnomen, is het om deze reden niet redelijk om aansprakelijkheid te laten vervallen op de grond dat de schade evengoed rechtmatig toegebracht had kunnen worden. Het auteursrecht is er nu juist om te voorkomen dat anderen het beschermde materiaal openbaar maken en daarmee inkomsten genereren. Het vereiste van de rechterlijke machtiging is er juist om te garanderen dat niemand zonder rechterlijke toetsing gedurende langere tijd van zijn vrijheid wordt beroofd. Om deze reden spreekt het aan om in deze gevallen, wanneer de laedens zich ermee verweert dat precies dezelfde schade rechtmatig toegebracht had kunnen worden, daarop te antwoorden dat de laedens zich dan maar rechtmatig had moeten gedragen.

316. Omgekeerd kan echter uit het gegeven dat de schade ook rechtmatig veroorzaakt had kunnen worden, soms volgen dat kennelijk met de geschonden norm niet beoogd is te beschermen tegen dergelijke schade.

54 Zie Hart & Honoré 1985, p. xxxvii e.v. waarin de analyse met name is gebaseerd op *Koninklijke Rotterdamse Lloyd NV v. Western Steamship Co. Ltd. (The Empire Jamaica)* [1957] AC 386, [1956] 3 All ER 14, een zaak waarin de benodigde vergunning voor een bepaalde activiteit ontbrak.

In bijvoorbeeld de eerste in § 6.2.2 besproken casus kan men zeggen dat de maximumsnelheid van 50 km/u is opgelegd omdat bij het rijden met hogere snelheden onacceptabel grote gevaren ontstaan. Ook bij het rijden met een lagere snelheid dan deze maximumsnelheid worden door dat rijden gevaren in het leven geroepen. In het voorbeeld is dat gevaar dat het niet mogelijk is om uit te wijken voor een boom die omwaait en plotseling op de weg belandt. Indien een dergelijk gevaar zich verwezenlijkt indien de maximumsnelheid niet wordt overschreden, bestaat daarvoor geen aansprakelijkheid, tenzij een andere norm wordt geschonden. Naar ik meen ligt het voor de hand om te zeggen dat met de maximumsnelheid beoogd is om te beschermen tegen gevaren die ontstaan indien met een grotere snelheid dan de maximumsnelheid wordt gereden, maar niet tegen de gevaren die inherent zijn aan het autorijden. Dat is mijns inziens de reden waarom de omstandigheid dat indien de bestuurder met de maximumsnelheid zou hebben gereden dezelfde schade zou zijn ontstaan, ertoe leidt dat de bestuurder niet aansprakelijk dient te zijn voor de schade van de passagier. Hierom is ook niet relevant of de bestuurder in de hypothetisch situatie zonder normschendende gedraging wel 50 km/u, of misschien langzamer, zou hebben gereden: met de geschonden norm is eenvoudigweg niet beoogd te beschermen tegen de schade zoals geleden. Geen sprake is dus van een causaliteitsprobleem maar van een vraag naar door de geschonden norm beoogde bescherming.⁵⁵

In alle in het voorgaande besproken casusposities waarin het aansprak om vanwege de omstandigheid dat dezelfde schade rechtmatig toegebracht had kunnen worden, de laedens van aansprakelijkheid te bevrijden, kan men naar mijn mening zeggen dat uit de omstandigheid dat dezelfde schade rechtmatig toegebracht had kunnen worden, volgt dat met de geschonden norm kennelijk niet beoogd is te beschermen tegen de schade zoals geleden.

In bijvoorbeeld de transformatorstationzaak geldt dat als het transformatorstation op een iets andere, wel toegestane plaats zou zijn gebouwd en dan precies dezelfde schade voor de hoteleigenaar zou zijn ontstaan, kennelijk het doel van norm die de plaatsing reguleert niet is om te beschermen tegen die schade. In *Monte Santo* geldt dat als precies dezelfde aanvaring ook zou zijn ontstaan als de Monte Santo enige tijd eerder zou zijn vertrokken en met de toegestane maximumsnelheid zou hebben gevaren, dan kennelijk niet het doel van de geschonden norm is om te beschermen tegen de schade zoals geleden.

Het doel van de geschonden norm volgt hier aldus niet uit een gebleken bedoeling van de wetgever, maar wordt als het ware indirect vastgesteld op de grond dat met een bepaalde mogelijkheid om schade rechtmatig toe te brengen niet verenigbaar zou zijn wanneer met de geschonden norm tegen die schade beoogd zou zijn te beschermen. In hoofdstuk 9 werk ik nader uit hoe op deze manier een grens aan aansprakelijkheid gevonden kan worden.

Ook Wright en Hanau wezen, zoals in § 6.2.3 besproken, erop dat de omstandigheid dat bepaalde schade rechtmatig kan worden toegebracht tot de conclusie kan leiden dat een norm niet beschermt tegen deze schade. Wright schreef: *“the risk theorists must smuggle the tortious aspect*

55 Vgl. ook de in § 6.2.3 besproken opvatting van Koziol.

*causation requirement into their risk analyses*⁵⁶ en bedoelde daarmee dat het beschermingsbereik van een geschonden norm zich soms niet anders laat vaststellen dan door na te gaan welke schade rechtmatig kan worden toegebracht. Hanau schreef: “*Schaden, die auch bei normgemäßem Verhalten eingetreten waren, will eine Norm vernünftigerweise nicht verhindern, da sie sie gar nicht verhindern kann.*”⁵⁷ Ook valt zo te begrijpen dat Slagter van mening was dat de leer van Demogue-Besier nodig was als aanvulling op de relativiteitsleer: indien de bedoeling van de wetgever zich onvoldoende langs directe weg liet vaststellen, kon het gegeven dat dezelfde schade rechtmatig kon worden toegebracht van belang zijn om aansprakelijkheid te begrenzen.⁵⁸

In § 3.3 zagen wij trouwens dat ook in allerlei andere gevallen het doel van een geschonden norm zich op indirecte wijze, meestal door uit te gaan van een zekere coherentie in het rechtssysteem, laat vaststellen. Bijvoorbeeld wordt dan gezegd dat normen niet strekken tot bescherming tegen schade in een niet-rechtmatig belang.

317. Het voorgaande brengt mij tot de volgende conclusie. Soms kan uit de met de norm beoogde bescherming volgen, dat het niet ter zake doet dat dezelfde schade op eenzelfde manier rechtmatig toegebracht had kunnen worden. Soms kan uit het gegeven dat dezelfde schade op eenzelfde manier rechtmatig toegebracht had kunnen worden, volgen dat het doel van de geschonden norm kennelijk niet is tegen deze schade te beschermen.

6.2.6 *Slotsom over de interpretatie van het causaliteitsvereiste*

318. De vraag resteert hoe de causaliteitstoets dient te worden ingevuld in de situatie waarin de laedens een normschendend doen wordt verweten. Niet gelukkig is mijns inziens om causaal verband tussen het specifiek normschendende element van dat doen en de schade te verlangen. Evenmin is gelukkig om bij de uitleg van gedragsnormen doorslaggevend gewicht toe te laten komen aan het gegeven dat bepaalde gedragingen rechtmatig kunnen worden verricht. Ook is niet gelukkig om bij de constructie van de hypothetische situatie toe te staan dat onrechtmatig doen van de laedens (deels) wordt vervangen door rechtmatig doen dat de laedens had kunnen verrichten. Hoewel langs deze drie wegen in allerlei gevallen op elegante wijze de wenselijke conclusie kan worden bereikt dat de laedens niet aansprakelijk is, wordt hiermee in andere gevallen een te scherpe begrenzing van aansprakelijkheid verkregen.

319. Twee mogelijkheden voor de invulling van het vereiste van causaal verband zijn wel werkbaar. In de eerste plaats is het mogelijk om causaal verband tussen het normschendend doen *als geheel* en de schade voldoende te laten zijn voor de vervulling van het causaliteitsvereiste.

In bijvoorbeeld de casus van het transformatorstation is bij deze toets het vereiste causale verband aanwezig. Denkt men namelijk het gehele onrechtmatige plaatsen van het transformatorstation weg, dan is ook het uitzicht vanuit het hotel niet aangetast.

56 Wright 1985, p. 1760.

57 Hanau 1971, p. 70, 71. In dezelfde zin Götzler 1977, p. 26.

58 Slagter 1982, p. 168. Dezelfde opvatting ten aanzien van de Belgische leer van het rechtmatig alternatief treft men aan bij Van Quickenborne 1971, p. 90.

Deze toets voor het causale verband is relatief licht. In allerlei gevallen waarin het niet redelijk zou zijn om de laedens aansprakelijk te laten zijn, leidt deze toets tot de conclusie dat wel causaal verband tussen het onrechtmatige doen en de schade aanwezig is. Dat is geen probleem, omdat met behulp van het relativiteitsvereiste en het toerekeningsvereiste nog steeds tot de conclusie gekomen kan worden dat geen aansprakelijkheid voor de veroorzaakte schade bestaat. Ter zake van het causaliteitsvereiste is het beter om een te lichte toets te hanteren, dan een te strenge. Wanneer aansprakelijkheid in het kader van de causaliteit namelijk ten onrechte wordt afgesneden, laat zich dat niet in een ander vereiste voor aansprakelijkheid corrigeren.

In de tweede plaats is het mogelijk om de wijze waarop aan het causale verband wordt getoetst, af te laten hangen van de omstandigheden van het geval. Het antwoord op de vraag of men bij de constructie van de hypothetische situatie het weggedachte normschendende doen van de laedens (deels) vervangen mag worden door rechtmatig doen, kan men laten aankomen op de met de norm beoogde bescherming.

Op die manier kan men in de zaak van het transformatorstation zeggen dat geen causaal verband bestaat tussen de onrechtmatige plaatsing van dit station en de schade van de hoteleigenaar, omdat de schade ook rechtmatig toegebracht had kunnen worden. In deze casus is namelijk kennelijk niet beoogd om te beschermen tegen de schade zoals geleden en dan mag het onrechtmatige doen worden gesubstitueerd met het rechtmatige doen. In de casus van de onrechtmatige bewaring kan men dan zeggen dat aan het causale verband tussen de onrechtmatige bewaring en de schade van de zpp'er niet afdoet dat dezelfde schade rechtmatig, met machtiging, toegebracht had kunnen worden. In deze casus laat zich immers niet vaststellen dat (kennelijk) met de norm niet beoogd is te beschermen tegen de schade zoals geleden en mag het onrechtmatige doen niet worden gesubstitueerd door rechtmatig doen.

Op deze manier wordt niet in alle gevallen op gelijke wijze getoetst of causaal verband aanwezig is, maar bestaat wel het voordeel dat in allerlei gevallen dadelijk tot de conclusie wordt gekomen dat het vereiste causale verband niet aanwezig is en daarom geen aansprakelijkheid voor de schade bestaat.

Overigens is het aanpassen van de causaliteitstoets aan de hand van de met de geschonden norm beoogde bescherming, niet zo merkwaardig als dat op het eerste gezicht wellicht lijkt. De met de geschonden norm beoogde bescherming heeft in andere gevallen soms ook invloed op de invulling van de causaliteitstoets. In de literatuur is dit verschijnsel nauwelijks belicht. Illustratief is de in nr. 379 te bespreken casus, waarin de strekking van de norm meebrengt dat het redelijk is om de feitelijke situatie te vergelijken met een hypothetische situatie die zich in werkelijkheid nooit had kunnen voordoen. Naar ik meen doet zich een soortgelijk verschijnsel voor in 'Zwarte' *neveninkomsten*⁵⁹ en in *Baby Kelly*:⁶⁰ ook hier wordt de causaliteitstoets onder invloed van de strekking van de geschonden norm aangepast. De strekking van de geschonden norm kan overigens bovendien maken dat het redelijk is om lagere eisen aan het bewijs van het causale verband

59 HR 24 november 2000, NJ 2001/195 m.nt. A.R. Bloembergen ('Zwarte' *neveninkomsten*).

60 HR 18 maart 2005, NJ 2006/606 m.nt. J.B.M. Vranken (*Baby Kelly*).

te stellen of te gaan werken met figuren van proportionele aansprakelijkheid.⁶¹ Deze onderwerpen vallen buiten het bestek van dit boek.

320. Naar ik meen, verdient de eerste, uniforme, toets de voorkeur. De overzichtelijkheid van het recht lijkt mij ermee gediend te zijn om niet al bij de vaststelling van het causale verband tussen het normschendende doen en de schade steeds met normatieve overwegingen rekening te moeten houden zoals bij de tweede toets nodig is.

Ik merk hierbij op dat de Hoge Raad als het hem uitkomt, naar het lijkt evenwel onbewust, de leer van Demogue-Besier toepast.⁶² De Hoge Raad werkt naar ik meen niet met een uniforme causaliteitstoets.

Deze opvatting brengt wel mee dat in het kader van het relativiteitsvereiste of van de schadetoerekening het gegeven dat dezelfde schade op een niet-relevant andere wijze rechtmatig toegebracht had kunnen worden een rol gaat spelen en soms tot de conclusie moet leiden dat geen aansprakelijkheid voor de veroorzaakte schade dient te bestaan. Zoals in het voorgaande bleek, kan uit deze omstandigheid namelijk volgen dat met de geschonden norm kennelijk niet beoogd is te beschermen tegen de schade zoals geleden en dat het niet redelijk zou zijn om de laedens voor de veroorzaakte schade aansprakelijk te houden. In hoofdstuk 9 werk ik dit nader uit. Ook brengt deze opvatting mee dat in het kader van het relativiteitsvereiste of de schadetoerekening soms nog bepaalde causale verbanden dienen te worden vastgesteld, omdat in die kaders dan van belang is of bepaalde rechtmatige handelwijzen tot dezelfde schade zouden leiden.

6.3 Is van belang hoe de laedens zou hebben gehandeld?

6.3.1 Inleiding

321. In het voorgaande bleek, dat uit het gegeven dat de schade ook rechtmatig veroorzaakt *had kunnen worden*, kan volgen, dat met de geschonden norm kennelijk niet beoogd is te beschermen tegen die schade. Daarin lag in deze gevallen de werkelijke reden om de laedens niet voor de schade aansprakelijk te houden. Onnodig is dan om nog vast te stellen op welke manier de laedens *zou hebben* gehandeld. Anders is dat indien uit het gegeven dat de schade ook rechtmatig toegebracht had kunnen worden, niet kan worden afgeleid dat met de geschonden norm niet beoogd is te beschermen tegen de schade zoals geleden. In zo'n situatie rijst wel de vraag of het vereiste causale verband komt te ontbreken indien zich laat vaststellen dat de laedens, zijn onrechtmatig handelen weggedacht, zich in

61 Zie nader nr. 340.

62 Zie nader nr. 328 waarin ik bespreek dat de Hoge Raad in het recente HR 6 januari 2017, *NJ* 2017/62 (*UWV/X*) deze leer toepast. Zie verder HR 17 juni 1932, *NJ* 1932/1464 m.nt. E.M. Meijers (*Monte Santo*); HR 20 juni 1980, *NJ* 1982/510 m.nt. J.A. Borman (*Transportbeton/Eindhoven*); HR 29 oktober 1993, *NJ* 1994/108 (*Blok/Vara*); HR 22 mei 2015, *RvdW* 2015/675 (*Witlox Van den Boomen Accountants/Wahring Consult*); en ook HR 11 januari 2013, *NJ* 2013/47 (*Amsterdam/Have*) laat zich aldus begrijpen.

plaats daarvan zodanig zou hebben gedragen dat de schade op rechtmatige wijze zou zijn ontstaan.

322. In *Hengelo/Wevers*⁶³ heeft de Hoge Raad geoordeeld dat het causale verband tussen een onrechtmatig besluit en schade niet ontbreekt op de enkele grond dat dezelfde schade ook door een rechtmatig besluit had kunnen worden veroorzaakt.⁶⁴ In het arrest *UWV/X*⁶⁵ heeft de Hoge Raad deze regel bevestigd en bovendien geoordeeld dat

“(...) het bestaan van [het causale] verband [dient] te worden beoordeeld aan de hand van de maatstaf hoe het bestuursorgaan zou hebben beslist (of gehandeld) indien het niet het onrechtmatige besluit had genomen”.

De Hoge Raad motiveerde dit oordeel als volgt:

“Het causale verband als bedoeld in art. 6:162 lid 1 BW (het condicio sine qua non-verband), waar het hier om gaat, moet immers worden vastgesteld door vergelijking van enerzijds de situatie zoals die zich in werkelijkheid heeft voorgedaan, en anderzijds de hypothetische situatie die zich zou hebben voorgedaan als de onrechtmatige gedraging achterwege was gebleven. Er is geen grond om hierover anders te oordelen indien het gaat om een onrechtmatig besluit van een bestuursorgaan.” (rov. 3.4.4)

Naar het oordeel van de Hoge Raad was in de voorliggende casus voor de aanwezigheid van het causale verband beslissend wat het bestuursorgaan zou hebben beslist (of zou hebben gedaan) als het bestuursorgaan het onrechtmatige besluit niet had genomen. De Hoge Raad lijkt daarbij van oordeel te zijn dat aldus de normale regels over de vaststelling van het causale verband worden gevolgd.

323. In het navolgende zal ik nader onderzoeken of, en onder welke omstandigheden, hetgeen de laedens zou hebben gedaan indien hij niet onrechtmatig had gehandeld van belang is bij de vaststelling van het voor aansprakelijkheid vereiste causale verband.

6.3.2 *De constructie van de hypothetische situatie*

Het kiezen van een uitgangspunt en het voorspellen wat vervolgens zou zijn gebeurd

324. De hypothetische situatie die bij de toetsing van het causale verband dient te worden geconstrueerd, laat zich steeds in twee fasen bepalen. Allereerst wordt een uitgangssituatie vastgesteld: bijvoorbeeld door normschendend doen weg te denken, of door nalaten te vervangen door normconform doen. Daarna wordt

63 HR 3 juni 2016, NJ 2016/291 (*Hengelo/Wevers*).

64 In de jurisprudentie van de Hoge Raad geldt dat wanneer het besluit in de bestuursrechtelijke procedure hersteld kan worden, een aanvankelijk vernietigd onrechtmatig besluit in de loop van de procedure haar onrechtmatigheid verliest; zie hierover nader: § 9.2.2.

65 HR 6 januari 2017, NJ 2017/62 (*UWV/X*).

bepaald wat – gegeven deze uitgangssituatie – vervolgens zou zijn gebeurd en in welke positie de laedens zou zijn geraakt.

325. Bij het kiezen van de uitgangssituatie gaat het niet om wat de laedens *zou hebben* gedaan. Indien de laedens onrechtmatig handelde, denkt men dit handelen weg om te zien welk verschil het onrechtmatige handelen voor de gelaedeerde heeft gemaakt. Wanneer de laedens onrechtmatig naliet, denkt men normconform handelen erbij om te zien welk verschil het onrechtmatige nalaten voor de gelaedeerde heeft gemaakt. Bij het kiezen van dit uitgangspunt gaat het dus niet om wat zou zijn gebeurd, maar wordt bewust een van de werkelijkheid afwijkende situatie gekozen.

326. Is eenmaal het van de werkelijkheid afwijkende uitgangspunt gekozen, dan maakt men op basis daarvan een voorspelling over wat *vervolgens* zou zijn gebeurd. Die voorspelling ziet veelal op het gedrag van de *gelaedeerde*.

Als bijvoorbeeld de door een verkeersfout van de laedens veroorzaakte aanrijding, waardoor de gelaedeerde gedeeltelijk arbeidsongeschikt werd, niet zou hebben plaatsgevonden, hoe zou het verdienvermogen van de gelaedeerde zich dan hebben ontwikkeld? Als de bank indringend zou hebben gewaarschuwd voor het risicovolle karakter van de door de cliënt voorgenomen belegging, hoe zou deze cliënt dan zijn beleggingsstrategie hebben vormgegeven?

Maar ook kan deze voorspelling zien op hetgeen de laedens, gegeven het van de werkelijkheid afwijkende uitgangspunt, *vervolgens* zou hebben gedaan.

Te denken valt bijvoorbeeld aan een situatie van afgebroken onderhandelingen. Wanneer het afbreken van de onderhandelingen door de laedens onrechtmatig was omdat de wederpartij gerechtvaardigd mocht vertrouwen op totstandkoming van een overeenkomst, rijst de vraag wat zonder dat afbreken zou zijn gebeurd. Dan is mijns inziens ook van belang wat de laedens zonder dat afbreken zou hebben gedaan. Mogelijk is dat zonder dat afbreken ook geen overeenkomst tot stand zou zijn gekomen, bijvoorbeeld omdat bij voortzetting van de onderhandelingen toch nog een onverwacht bezwaar zou zijn opgekomen en de laedens om die reden de onderhandelingen rechtmatig zou hebben afgebroken. Eveneens valt te denken aan de situatie die zich voordeed in *Baby Esther*.⁶⁶ In deze zaak had een arts te laat een bepaalde controle verricht, maar was hij na die controle sneller dan had gehoeven tot operatie overgegaan. De arts werd verweten dat de controle één week eerder verricht had moeten worden. De arts verweerde zich ermee dat ook als hij de controle eerder zou hebben verricht, hij niet gehouden zou zijn geweest om eerder tot de operatie over te gaan dan hij feitelijk had gedaan. De Hoge Raad oordeelde, anders dan het hof, dat voor het causale verband niet beslissend is hetgeen de arts, gegeven de op tijd verrichte controle als redelijk handelend en redelijk bekwaam beroepsgenoot zou hebben moeten doen, maar dat beslissend is wat de arts, gegeven de op tijd verrichte controle, vervolgens feitelijk zou hebben gedaan (rov. 3.5.3).

Dat bij de constructie van de hypothetische situatie soms relevant is hoe de laedens zich, zijn normschendende gedraging weggedacht, *op een later moment* zou hebben gedragen, is mijns inziens niet bijzonder: dit is de consequentie ervan dat

66 HR 23 december 2016, NJ 2017/133 m.nt. S.D. Lindenberg (Baby Esther).

onderzocht dient te worden wat, gegeven een bepaald van de werkelijkheid afwijkend uitgangspunt, zou zijn gebeurd.

Het vervangen van onrechtmatig gedrag door hetgeen de laedens in plaats daarvan zou hebben gedaan

327. In *UWV/X* achtte de Hoge Raad toelaatbaar en zelfs geboden om onrechtmatig gedrag van de laedens *te vervangen* door hetgeen de laedens *in plaats daarvan* zou hebben gedaan. Op het eerste gezicht lijkt aldus wellicht de reguliere causaliteitstoets toegepast te worden. In het voorgaande zagen we echter dat de hypothetische situatie waarmee vergeleken dient te worden, steeds in twee stappen wordt vastgesteld. In de eerste plaats wordt steeds een bewust van de werkelijkheid afwijkend uitgangspunt gekozen. In de tweede plaats wordt, gegeven dat uitgangspunt, voorspeld wat dan *vervolgens* zou zijn gebeurd. Indien bij de constructie van de hypothetische situatie onrechtmatig gedrag van de laedens wordt *vervangen* door hetgeen de laedens *in plaats daarvan* zou hebben gedaan, dan doet men iets anders dan bij toepassing van de reguliere causaliteitstoets.

Bij deze toets ontbreekt een eerder in de tijd liggend, van de werkelijkheid afwijkend uitgangspunt, aan de hand waarvan kan worden bepaald wat de laedens zou hebben gedaan. Mijns inziens is om deze reden ongedefinieerd wat bedoeld wordt met hetgeen de laedens in plaats van zijn onrechtmatige gedraging zou hebben gedaan. Aan de hand van welk uitgangspunt dient dit te worden bepaald? Mogelijk is om als uitgangspunt te kiezen dat de laedens niet onrechtmatig kon handelen. Op deze manier beschikken we over een van de werkelijkheid afwijkend uitgangspunt aan de hand waarvan kan worden bepaald wat de laedens in plaats van zijn onrechtmatige gedraging zou hebben gedaan.

328. Alvorens nader in te gaan op deze toets, illustreer ik het voorgaande aan de hand van de casus van *UWV/X*.

In deze zaak had het UWV aan een werkgever een ontslagvergunning verleend maar daarbij onvoldoende het verweer van de werknemer betrokken. Om die reden was het verlenen van de ontslagvergunning onrechtmatig.

Dient nu in deze casus het onrechtmatige besluit te worden weggedacht en dient vervolgens te worden vastgesteld of het UWV het verweer van de werknemer in de hypothetische situatie voldoende bij zijn beoordeling zou hebben betrokken? Hoe moet dan bepaald worden of het UWV dat zou hebben gedaan? Neemt men tot uitgangspunt dat het UWV niet onrechtmatig kan handelen, dan kan gegeven dat uitgangspunt wel worden bepaald wat het UWV dan zou hebben gedaan: omdat de werkgever een ontslagvergunning had aangevraagd, diende het UWV daarop te beslissen en diende het UWV het verweer van de werknemer daarbij voldoende te betrekken. Omdat het UWV veronderstellenderwijs niet onrechtmatig kan handelen, zou het UWV het verweer van de werknemer dus ook bij zijn beoordeling hebben betrokken. Naar ik meen is dit ook wat de Hoge Raad voor ogen stond. De Hoge Raad oordeelde dat voor het causale verband beslissend was hetgeen het “*bestuursorgaan zou hebben beslist (of gehandeld) indien*

het niet het onrechtmatige besluit had genomen”.⁶⁷ Bij het uitgangspunt dat het UWV geen onrechtmatig besluit neemt, kan het niet anders dan dat het UWV in de hypothetische situatie het verweer van de werknemer voldoende in zijn beoordeling betreft.

Op deze manier past de Hoge Raad naar mijn mening de leer van Demogue-Besier toe. Niet voldoende is volgens hem namelijk het bestaan van causaal verband tussen het onrechtmatige besluit als geheel (het verlenen van een ontslagvergunning) en de schade; vereist is causaal verband tussen het specifiek normschendende element (het niet in de beoordeling betrekken van het verweer van de werknemer) en de schade.

Aldus oordeelde ook het hof in rov. 2.4 van het tussenarrest: “Bepalend voor het slagen van de vordering is wat, mede gelet op het ter zake bepaalde in het Besluit beleidsregels ontslagaak UWV (hierna: de Beleidsregels), het lot van de ontslagaanvraag zou zijn geweest als het UWV had gedaan wat het gelet op het door [de werknemer] gevoerde verweer had behoren te doen: rekening houdend met dat verweer nader onderzoeken of hetgeen [de werkgever] aan haar ontslagaanvraag ten grondslag heeft gelegd voldoende aannemelijk was.”

Treffend is het contrast tussen de oordelen van Hoge Raad in *UWV/X* en de oordelen van de Hoge Raad in de vergelijkbare casus die voorlag in *De Marchant et d’Ansembourg/Staat*.⁶⁸ Dit contrast is van belang, omdat in de literatuur mede op *De Marchant et d’Ansembourg/Staat* doorgaans de conclusie wordt gebaseerd dat de Hoge Raad de leer van Demogue-Besier niet volgt.⁶⁹ In *De Marchant et d’Ansembourg/Staat* had het hof geoordeeld dat niet beslissend was of causaal verband bestond tussen het onrechtmatige besluit en de schade, maar dat noodzakelijk was dat causaal verband aanwezig was tussen het niet ter inzage leggen van het ontwerpbesluit (de reden waarom het besluit onrechtmatig was) en de schade. Om deze reden achtte het hof relevant wat zou zijn gebeurd indien het ontwerpbesluit wel ter inzage was gelegd. Het hof wees de vordering tot schadevergoeding van *De Marchant et d’Ansembourg* vervolgens af omdat indien het ontwerpbesluit wel ter inzage zou zijn gelegd door *De Marchant et d’Ansembourg* dezelfde schade zou zijn geleden. De Hoge Raad oordeelde dat het hof zo een verkeerde causaliteitstoets hanteerde omdat de

“(…) aanspraak op vergoeding van de [door het onrechtmatige besluit] veroorzaakte schade niet, gelijk het Hof doet, kan worden afgewezen met het betoog, dat, ook indien de ter visielegging wél had plaats gevonden, eischers dezelfde schade zouden hebben geleden”.

In *UWV/X* oordeelde de Hoge Raad dat de aanspraak op schadevergoeding vanwege een onrechtmatig tot stand gekomen besluit juist wél kan worden afgewezen op de grond dat indien het UWV een rechtmatig besluit zou hebben genomen, X dan dezelfde schade zou hebben geleden.

67 Vgl. ook HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:354 (*Boskalis/Zuid-Holland*), rov. 3.3.4 waarin de Hoge Raad sanctioneerde de toets waarin wordt bepaald welk besluit zou zijn genomen indien het bestuursorgaan zich ervan bewust zou zijn geweest dat het te nemen besluit onrechtmatig zou zijn.

68 HR 25 mei 1928, NJ 1928/1688 m.nt. E.M. Meijers (*De Marchant et d’Ansembourg/Staat*).

69 Zie nr. 293.

Dat de toepassing van de leer van Demogue-Besier in *UWV/X* tot een redelijke uitkomst leidt, is naar mijn mening ook begrijpelijk. Aan het verlenen van ontslagvergunningen is inherent dat daarmee voor een werknemer schade wordt veroorzaakt. Normaliter is het UWV daarvoor niet aansprakelijk. Met de door het UWV geschonden norm is vanzelfsprekend niet beoogd te beschermen tegen alle schade die door een onrechtmatig ontslagbesluit door een werknemer wordt geleden, maar alleen die schade die voortvloeit uit het onvoldoende bij de beoordeling betrekken van het verweer van de werknemer.⁷⁰ In § 6.2.5 heb ik betoogd dat onder die omstandigheid kan worden getoetst of causaal verband bestaat tussen het specifiek onrechtmatige element en de schade, in plaats van tussen de onrechtmatige daad als geheel en de schade.

Het normatieve probleem

329. De causaliteitstoets waarin wordt bepaald wat de laedens in de hypothetische situatie in plaats van zijn normschendend handelen zou hebben gedaan indien het voor hem onmogelijk zou zijn geweest onrechtmatig te handelen, wijkt mijns inziens als gezegd af van de reguliere causaliteitstoets. Normaliter bepaalt men het gevolg van een normschendend doen door de werkelijkheid te vergelijken met de situatie waarin dat doen niet zou hebben plaatsgevonden, en bepaalt men het gevolg van een normschendend nalaten door de werkelijkheid te vergelijken met de situatie waarin normconform zou zijn gehandeld. Bij de nu genoemde benadering gebeurt iets anders: nu onderzoekt men wat, ervan uitgaande dat de laedens niet normschendend had kunnen handelen, de laedens dan zou hebben gedaan. Het gaat dan naar mijn mening niet om een vraag van causaal verband tussen de normschendende gebeurtenis en schade, maar om een vraag van causaal verband tussen de *mogelijkheid* van de laedens om normschendend te kunnen handelen en schade: de mogelijkheid om normschendend te kunnen handelen denkt men immers weg om vervolgens te bepalen wat de laedens dan zou hebben gedaan en wat dat voor de positie van de gelaedeerde zou hebben betekend.⁷¹

330. Bij het inzicht dat het in deze toets gaat om het causale verband tussen de mogelijkheid van de laedens om onrechtmatig te handelen en de schade, wordt ook het normatieve probleem van deze toets duidelijk. Waarom zou het de laedens van aansprakelijkheid bevrijden indien hij zich erop beroepen kan dat, als hij zich feitelijk niet onrechtmatig zou hebben kunnen gedragen, hij anders zou hebben gehandeld en de gelaedeerde dan door dat rechtmatig handelen in dezelfde positie zou zijn geraakt? Waarom zou voor het bestaan van een verplichting tot schadevergoeding niet voldoende zijn dat kan worden vastgesteld dat het ge-

70 Men zou ook kunnen zeggen dat de eigenlijke onrechtmatige daad niet zozeer het nemen van het besluit is, maar het daarbij onvoldoende betrekken van het verweer van de werknemer; men benadert de kwestie via de in § 6.2.4 beschreven tweede benadering. Bij dit uitgangspunt spreekt vanzelf dat beslissend is of causaal verband aanwezig is tussen het door het UWV onvoldoende in de beoordeling betrekken van het verweer van de werknemer en zijn schade.

71 Waar men, zoals de Hoge Raad in HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:354 (*Boskalis/Zuid-Holland*), rov. 3.3.4 sanctioneerde, voor het bestaan van het causale verband beslissend maakt welk besluit het bestuursorgaan zou hebben genomen indien het zich ervan bewust zou zijn geweest dat het te nemen besluit onrechtmatig zou zijn, dan maakt men naar ik meen voor aansprakelijkheid beslissend het causale verband tussen de onbewustheid van het onrechtmatig handelen en de schade.

drag van de laedens onrechtmatig was en dus achterwege had dienen te blijven en de gelaedeerde dan geen schade zou hebben geleden?

Het behoeft overigens niet de laedens te zijn die zich erop beroept dat hij in plaats van zijn onrechtmatige daad een handeling zou hebben verricht ten gevolge waarvan de gelaedeerde dezelfde schade zou hebben geleden. Denkbaar is ook dat de gelaedeerde zich erop beroept dat de laedens in plaats van zijn onrechtmatige daad – geheel onverplicht – een handeling zou hebben verricht die had gemaakt dat de gelaedeerde juist geen of minder schade zou hebben geleden dan in de situatie waarin de laedens niet zou hebben gehandeld. Dan rijst de normatieve vraag waarom de gelaedeerde aanspraak zou hebben op een voordeel dat hem zou zijn toegekomen vanwege een gedraging waartoe de laedens niet tegenover de gelaedeerde gehouden was.⁷²

Naar mijn mening hangt het van de omstandigheden van het geval af, welk belang er toekomt aan het gegeven dat als de laedens zich feitelijk niet onrechtmatig had kunnen gedragen, hij op rechtmatige wijze dezelfde schade zou hebben toegebracht. Soms dient dat gegeven tot de conclusie te leiden dat de laedens voor die schade niet aansprakelijk is. Soms dient dat gegeven niet die consequentie te hebben. Dit zal ik nu nader uiteenzetten.

Wenselijk resultaat bij het substitueren van hetgeen de laedens zou hebben gedaan

331. Ik geef eerst een voorbeeld, buiten het terrein van de besluitenansprakelijkheid, waarin het naar mijn mening redelijk is om de laedens niet aansprakelijk te houden op de grond dat indien hij niet onrechtmatig zou hebben kunnen handelen, hij op rechtmatige wijze dezelfde schade aan de gelaedeerde zou hebben toegebracht.

Grain Processing stelde American Maize Products aansprakelijk op de grond dat het een voedseltoevoeging (maltodextrine) produceerde op een wijze, productieproces I, die op diverse van haar octrooien inbreuk maakte. Nadat de procedure door Grain Processing is geëntameerd, paste American Maize Products haar productieproces aan, en ging zij over op productieproces II, om te voorkomen dat zij inbreuk maakte. In eerste aanleg werd geoordeeld dat productieproces I inderdaad inbreuk maakte, maar productieproces II niet. In hoger beroep werd echter geoordeeld dat ook productieproces II inbreuk maakte. American Maize Products paste daarom haar productieproces nogmaals aan en ging over op productieproces III. In het door Grain Processing geëntameerde kort geding werd geoordeeld dat ook productieproces III inbreuk maakte, in de hoofdzaak werd in eerste aanleg anders geoordeeld, maar in hoger beroep werd weer wel geoordeeld dat ook productieproces III inbreuk maakte. American Maize Products ging vervolgens over op productieproces IV, waarvan kwam vast te staan dat daarmee geen inbreuk op een octrooi van Grain Processing werd gemaakt. American Maize Products betoogde dat zij zich te goeder trouw had ingezet geen octrooi-inbreuk te maken, dat het haar slechts twee weken had gekost om het niet-inbreukmakende productieproces IV te ontwikkelen en het inzetten van dit productieproces geen significant hogere kosten meebracht. Het United States Court of Appeals for the Federal

⁷² Dat ligt mijns inziens net anders dan de in nr. 326 besproken situatie waarin de gelaedeerde zich beroept op hetgeen de laedens, indien deze niet normschendend zou hebben gehandeld, op een later moment onverplicht zou hebben gedaan.

Circuit honoreerde dit betoog en oordeelde op deze grond dat American Maize Products niet aansprakelijk was voor de schade die Grain Processing heeft geleden in de periode waarin American Maize Products een ander, inbreukmakend, productieproces hanteerde.⁷³

In deze casus is het mijns inziens redelijk om American Maize Products niet te verplichten tot vergoeding van de schade. Het is niet zo eenvoudig om te rationaliseren waarom dat zo is. Misschien kan men het beste zeggen, dat American Maize Products te goeder trouw was en zich inspande om een octrooi-inbreuk te vermijden, het voor haar buitengewoon moeilijk was om vast te stellen of een bepaald productieproces wel of geen inbreuk maakte, en maatschappelijk geaccepteerd en wenselijk is dat innovatie en concurrentie plaatsvindt. Dit alles maakt naar mijn mening dat American Maize Products zich er met succes op kon beroepen dat als zij niet onrechtmatig had kunnen handelen, zij op een andere, rechtmatige wijze dezelfde schade zou hebben toegebracht.

Onwenselijke resultaten bij het substitueren van hetgeen de laedens zou hebben gedaan

332. Het kan ook onredelijk zijn om de laedens te laten weggemen op de grond dat als hij niet normschendend had kunnen handelen, hij met rechtmatig handelen dezelfde schade zou hebben toegebracht.

In de eerste plaats valt te denken aan de in nr. 311 besproken casus van onrechtmatige vrijheidsbeneming door de overheid. Kan de overheid zich erop beroepen dat, indien zij niet onrechtmatig had kunnen handelen zij zo'n machtiging zou hebben gevraagd en verkregen? Mijns inziens niet. De geschonden norm dient juist te garanderen dat een dergelijke inbreuk op de persoonlijke vrijheid alleen met de vereiste machtiging kan plaatsvinden. De overheid dient te weten dat zo'n machtiging noodzakelijk is. Het risico dat door onrechtmatige vrijheidsbeneming zonder machtiging schade wordt veroorzaakt, dient hierom mijns inziens voor rekening van de overheid te komen.

Ik geef nog een tweede voorbeeld:

In een televisie-uitzending wordt kritiek geuit op de door een opleidingsinstituut aangeboden cursus Frans. Deze kritiek is onjuist, daarom onrechtmatig en leidt ook tot schade: minder cursisten melden zich aan voor deze cursus. Op de ook door het opleidingsinstituut aangeboden cursus Duits had de kritiek wel rechtmatig geleverd kunnen worden. Het opleidingsinstituut zou dan dezelfde inkomsten hebben gederfd.⁷⁴

Dient hier aansprakelijkheid te vervallen op de grond dat, als de makers van de televisie-uitzending niet onrechtmatig hadden kunnen handelen, zij dezelfde schade rechtmatig zouden hebben toegebracht met kritiek op de cursus Duits? Ook hier lijkt mij dat niet redelijk: wie mededelingen doet die naar voor de hand ligt tot schade zullen leiden, dient, als die mededelingen onjuist en daarom onrechtmatig zijn, de ander in de situatie te brengen alsof die mededelingen niet zouden zijn gedaan. Naar ik meen, geldt dat ook als de mededelingen te goeder

⁷³ *Grain Processing v. American Maize Products, Inc.*, 185 F.3d 1341 (Fed. Cir. 1999).

⁷⁴ Het voorbeeld is geïnspireerd door HR 29 oktober 1993, NJ 1994/108 (*Blok/Vara*).

trouw worden gedaan en het uiten van de kritiek op de verkeerde cursus bijvoorbeeld op een miscommunicatie berust. Ook hier kan degene die met de televisie-uitzending kritiek uit, zich mijns inziens niet erop beroepen dat als hij zich niet onrechtmatig had kunnen gedragen, hij met ander handelen dezelfde schade zou hebben toegebracht.

6.3.3 *Slotsom*

333. De toets waarin bij de constructie van de hypothetische situatie onrechtmatig gedrag van de laedens wordt gesubstitueerd door hetgeen de laedens in plaats daarvan zou hebben gedaan, is anders dan de reguliere causaliteitstoets. In deze toets gaat het niet om het causale verband tussen de normschendende gedraging en de schade. In deze toets gaat het om causaal verband tussen de *mogelijkheid* van de laedens zich normschendend te kunnen gedragen en de schade. De reguliere causaliteitstoets wordt hier niet gehanteerd. De Hoge Raad lijkt dat, naar mijn mening niet goed voorgelicht door de literatuur,⁷⁵ in *UWV/X* te miskennen. Slechts onder omstandigheden kan het gegeven dat als de laedens zich niet normschendend had kunnen gedragen, dezelfde schade rechtmatig zou hebben toegebracht, maken dat het niet redelijk zou zijn om de laedens voor die schade aansprakelijk te houden.

334. Onder welke omstandigheden is het redelijk om te concluderen dat de laedens niet aansprakelijk is op de grond dat indien hij zich alleen rechtmatig zou hebben kunnen gedragen, hij dezelfde schade zou hebben toegebracht? Mijns inziens is wezenlijk de mate waarin de laedens kan worden verweten onrechtmatig te hebben gehandeld en in het bijzonder of de laedens wist of behoorde te weten dat hij onrechtmatig handelde. Naarmate voor de laedens duidelijker was of had behoren te zijn dat hij onrechtmatig handelde, bestaat naar mijn mening namelijk minder reden om de laedens van aansprakelijkheid te bevrijden op de grond dat indien hij zich niet onrechtmatig had kunnen gedragen hij dan dezelfde schade zou hebben veroorzaakt. Mogelijk is in dit verband verder ook van belang hoe acceptabel of wenselijk de gedragingen van de laedens zijn. Voor het overige lijkt het subtiel te liggen en afhankelijk van alle omstandigheden van het geval te zijn.

335. Is sprake van een causaliteitsprobleem of van een toerekeningskwestie? Naar mijn mening laat de hier besproken problematiek zich zowel in het causaliteitsvereiste als in het toerekeningsvereiste inbedden. Voor beide benaderingen valt ook wel iets te zeggen. Het is vooral het gegeven dat bij juist handelen van de laedens dezelfde schade zou zijn ontstaan dat het onredelijk doet zijn om hem voor deze schade aansprakelijk te houden. Dat pleit ervoor om dit probleem in het causaliteitsvereiste te behandelen. Het feit dat het van de omstandigheden van het geval afhangt of redelijk is om de laedens op deze grond aan aansprakelijkheid te laten ontkomen, pleit ervoor om dit als probleem van schadetoerekening te beschouwen. Ik kies ervoor om de besproken problematiek als causaliteits-

75 Kortmann 2005, p. 260, 261 en Di Bella 2014, p. 55, 59 hebben ten onrechte betoogd dat toepassing van de reguliere causaliteitstoets meebrengt dat beoordeeld dient te worden wat de laedens zou hebben gedaan.

probleem te zien. Daarbij valt te bedenken dat ook bijvoorbeeld bij het leerstuk van hypothetische causaliteit van de omstandigheden van het geval afhangt of bij de constructie van de hypothetische situatie meegenomen mag worden wat in werkelijkheid zou zijn gebeurd en het doel daarvan is het bereiken van een redelijke uitkomst.⁷⁶

336. Naar mijn mening verdient het de voorkeur om als regel te hanteren dat in beginsel bij de constructie van de hypothetische situatie een normschendende gedraging niet mag worden vervangen door hetgeen de laedens zou hebben gedaan indien hij niet onrechtmatig had kunnen handelen. Van dit uitgangspunt mag worden afgeweken. Gemotiveerd dient dan te worden waarom het redelijk is om te honoreren het beroep van de laedens dat indien hij niet onrechtmatig had kunnen handelen, hij dezelfde schade zou hebben toegebracht. Het arrest *UWV/X* dient, gelet op het voorgaande, niet zodanig te worden geïnterpreteerd dat bij de toetsing van het causale verband steeds het onrechtmatig doen van de laedens mag worden vervangen door hetgeen de laedens rechtmatig zou hebben gedaan indien hij zich ervan bewust was geweest dat hij met zijn gedraging een norm schond. Naar mijn mening past de Hoge Raad in *UWV/X* de in § 6.2 behandelde leer van Demogue-Besier toe.

6.4 Samenvatting

337. In het geval de laedens een doen wordt verweten, bestaat bij de vaststelling van het causale verband een tweetal problemen dat in de huidige Nederlandse literatuur enigszins onderbelicht is gebleven. Beide problemen spelen in de situatie waarin de laedens zich op meerdere manieren conform de norm had kunnen gedragen, en bij het ene normconforme doen van de laedens de schade evenzeer zou zijn ontstaan, terwijl bij het andere normconforme doen van de laedens de schade niet zou zijn ontstaan. De vraag rees, ten eerste, of het enkele gegeven dat de laedens de schade ook rechtmatig *had kunnen* veroorzaken van betekenis is voor zijn aansprakelijkheid en of, ten tweede, het gegeven dat de laedens zich zodanig rechtmatig *zou hebben* gedragen dat de schade dan ook zou zijn ontstaan, maakt dat de laedens niet aansprakelijk dient te zijn (§ 6.1).

Ter inleiding op mijn behandeling van de eerste vraag besprak ik dat causaal verband niet alleen kan bestaan tussen gebeurtenissen als geheel maar ook, of zelfs juist, tussen *eigenschappen* van die gebeurtenissen (§ 6.2.1). De vraag rees waartussen in het aansprakelijkheidsrecht causaal verband wordt verlangd. Aan de hand van een viertal casus waarin de laedens een doen verweten werd, besprak ik dat mogelijk is om causaal verband te verlangen tussen het doen als geheel en de schade, of tussen het specifiek normschendende element van het doen en de schade. Dit betrekkelijk subtiele verschil bij de toepassing van de causaliteitstoets bleek in deze casus tot wezenlijke verschillen in resultaat te leiden. Mogelijk bleek ook om de vraag waartussen het causale verband dient te bestaan te formu-

76 Zie voor de problematiek van hypothetische causaliteit onder meer: HR 23 juni 1989, *NJ* 1990/441 (*Kennis/Budel*); HR 2 februari 1990, *NJ* 1991/292 m.nt. C.J.H. Brunner (*Vermaat/Staat*); HR 7 december 2001, *NJ* 2002/576 m.nt. J.B.M. Vranken (*Leeuwarden/Los*) en HR 23 december 2011, *NJ* 2012/377 m.nt. P. van Schilf-gaarde (*V. & P./DNB & AFM*).

leren in termen van de precieze afbakening van de onrechtmatige gedraging en tevens in termen van de wijze waarop bij de vaststelling van het causale verband het uitgangspunt in de hypothetische situatie gekozen dient te worden (§ 6.2.2). In oudere Nederlandse literatuur is door diverse auteurs verdedigd dat causaal verband dient te bestaan tussen het specifiek onrechtmatige element of de onrechtmatigheid en de schade (de leer van Demogue-Besier). In het algemeen wordt deze leer als verworpen beschouwd, maar de Hoge Raad past haar soms toe. In de Amerikaanse en Engelse literatuur wordt door diverse gezaghebbende auteurs verdedigd dat causaal verband tussen het specifiek onrechtmatige element van de onrechtmatige daad en de schade dient te bestaan en dat bij de constructie van de hypothetische situatie niet de gehele onrechtmatige daad dient te worden weggedacht (*tortious aspect causation*). Naar Duits recht is causaal verband tussen de normschendende gedraging als geheel en de schade voldoende, maar kan aansprakelijkheid komen te ontbreken indien de schade rechtmatig toegebracht had kunnen worden (*rechtmäßigen Alternativverhalten*). In de Amerikaanse, Engelse en Duitse literatuur werd een verband gelegd tussen deze causaliteitsproblematiek en de strekking van de geschonden norm: de geschonden norm strekt in het algemeen niet tot bescherming tegen schade die niet het gevolg is van het specifiek onrechtmatige element van de gedraging (§ 6.2.3).

Deze verschillende opvattingen gaven aanleiding de problematiek nader te analyseren. Ik heb dit gedaan voor elk van de drie mogelijke invalshoeken: voor de vraag of causaal verband dient te bestaan tussen de normschendende gedraging als geheel en de schade, of tussen het specifiek normschendende element en de schade, voor de vraag naar de precieze begrenzing van de normschendende gedraging, en voor de vraag hoe de hypothetische situatie bij de vaststelling van het causale verband dient te worden geconstrueerd. Bij elk van deze benaderingen bleek dat in allerlei casus op aansprekende wijze wenselijke resultaten verkregen konden worden door te verlangen dat het specifiek normschendende element van de gedraging de schade had veroorzaakt, door de grenzen van de normschendende gedraging, aan de hand van uitleg van de geschonden norm, nauw op te vatten en door toe te staan dat bij de constructie van de hypothetische situatie onrechtmatig doen wordt vervangen door rechtmatig doen. Tegelijkertijd leidde elk van deze benaderingen ook ertoe dat in andere casus een te scherpe begrenzing van aansprakelijkheid werd verkregen (§ 6.2.4). Of wenselijke of onwenselijke resultaten werden verkregen, bleek nauw samen te hangen met de door de norm beoogde bescherming. Wanneer de norm beoogde te beschermen tegen de schade zoals geleden, leidde de benadering tot onwenselijke resultaten. Bij nadere beschouwing bleek uit het gegeven dat dezelfde schade rechtmatig kan worden toegebracht, tot de conclusie te kunnen leiden dat met de geschonden norm kennelijk niet beoogd is te beschermen tegen de schade zoals geleden. Het doel van de geschonden norm was mijns inziens de aangewezen plaats om te beoordelen of de aanwezigheid van een rechtmatig alternatief tot het niet aannemen van aansprakelijkheid dient te leiden (§ 6.2.5). Omdat ik het onwenselijk achtte bij de vaststelling van het causale verband ook de met de geschonden norm beoogde bescherming te betrekken, bepleitte ik, naar Duits voorbeeld, de minder strenge causaliteitstoets waarin voldoende is dat causaal verband bestaat tussen de onrechtmatige gedraging als geheel en de schade (§ 6.2.6).

De tweede vraag was of bij de constructie van de hypothetische situatie onrechtmatig doen van de laedens vervangen mag worden door hetgeen de laedens in plaats daarvan rechtmatig zou hebben gedaan. In *UWV/X*⁷⁷ leek de Hoge Raad deze vraag in het algemeen positief te beantwoorden (§ 6.3.1). Onderscheid diende te worden gemaakt tussen de vaststelling van het in de hypothetische situatie te hanteren uitgangspunt en de vaststelling van hetgeen vervolgens zou zijn gebeurd. Normaliter kiest men bij de constructie van de hypothetische situatie het uitgangspunt – normschendend doen wordt weggedacht, normschendend nalaten wordt vervangen door normconform doen – bewust in afwijking van de werkelijkheid en normaliter doet het er bij de keuze van dit uitgangspunt niet toe wat zou zijn gebeurd. Gegeven dat van de werkelijkheid afwijkende uitgangspunt wordt bepaald wat *vervolgens* zou zijn gebeurd. Indien bij de constructie van de hypothetische situatie onrechtmatig doen van de laedens wordt vervangen door hetgeen de laedens in plaats daarvan zou hebben gedaan, worden het kiezen van het uitgangspunt en de beoordeling wat gegeven dat uitgangspunt vervolgens zou zijn gebeurd, door elkaar gehaald. Noodzakelijk bleek om nader te specificeren hoe dient te worden vastgesteld wat de laedens in plaats van zijn normschendende gedraging zou hebben gedaan. Werkbaar was om te toetsen wat gebeurd zou zijn indien het voor de laedens feitelijk onmogelijk was geweest om zich normschendend te gedragen. Gegeven dat uitgangspunt kan de vraag worden beantwoord wat dan zou zijn gebeurd. Deze uitwerking maakte duidelijk welk normatief probleem hier lag: waarom is het niet voldoende dat bepaald handelen onrechtmatig was en dus achterwege had dienen te blijven en de schade dan niet zou zijn ontstaan; waarom zou de laedens zich erop mogen beroepen dat als hij zich niet normschendend had kunnen gedragen hij dezelfde schade rechtmatig zou hebben veroorzaakt? Toepassing van het criterium bleek in bepaalde casus tot een wenselijke begrenzing van aansprakelijkheid te leiden, maar in andere casus een onredelijk scherpe begrenzing van aansprakelijkheid mee te brengen (§ 6.3.2). Dit leidde mij tot de conclusie dat als uitgangspunt dient te worden genomen dat bij de constructie van de hypothetische situatie normschendend doen van de laedens niet mag worden vervangen door hetgeen de laedens zou hebben gedaan indien hij zou hebben geweten dat hij met zijn gedraging een norm zou schaden. Slechts indien de redelijkheid dit vergt, mag naar mijn oordeel van dit uitgangspunt worden afgeweken. Het arrest *UWV/X* dient zodanig begrepen te worden dat de Hoge Raad daarin de leer van Demogue-Besier heeft toegepast (§ 6.3.3).

77 HR 6 januari 2017, *NJ* 2017/62 (*UWV/X*).

DEEL III

HET VEREISTE NORMATIEVE VERBAND

7.1 Inleiding

338. Indien aan de in het vorige deel behandelde ingangsvoorwaarden voldaan is, komt de kwestie aan de orde die centraal staat in het relativiteitsvereiste en het toerekeningsvereiste: bestaat tussen de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis en de daardoor veroorzaakte schade een toereikend normatief verband om een verplichting tot vergoeding van die schade aan te kunnen nemen? Deze vraag behandel ik in dit deel. In dit hoofdstuk bespreek onder welke omstandigheden dat verband toereikend is. In dat geval is in beginsel voldaan aan het relativiteitsvereiste, voor zover dat geldt, en tevens aan het toerekeningsvereiste. Vervolgens behandel ik in de hoofdstukken 8 t/m 11 een viertal situaties waarin dit verband ontoereikend is om een verplichting tot vergoeding van de veroorzaakte schade aan te kunnen nemen. In deze gevallen kan men, naar gelang dat uitkomt, ofwel zeggen dat niet aan het relativiteitsvereiste is voldaan ofwel zeggen dat de schade niet kan worden toegerekend. In hoofdstuk 12 bespreek ik op welke wijze in uitzonderlijke resterende situaties kan worden beoordeeld of een toereikend normatief verband aanwezig is.

339. De reden die het normatieve verband tussen de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis en de daardoor veroorzaakte schade toereikend doet zijn, zoek ik in dit hoofdstuk in de met de geschonden norm of de met de kwalitatieve aansprakelijkheid beoogde bescherming. Ik bespreek wanneer uit die beoogde bescherming volgt dat een toereikend normatief verband bestaat en de schade dus in beginsel dient te worden vergoed. Deze funderende betekenis van de met de geschonden norm of met de toepasselijke kwalitatieve aansprakelijkheid beoogde bescherming bespreek ik eerst in het algemeen (§ 7.2). Vervolgens werk ik voor verschillende typen aansprakelijkheidscheppende gebeurtenissen uit met welke veroorzaakte schade zij in voldoende normatief verband staan gezien het beschermingsdoel. Eerst werk ik dit uit voor de onrechtmatige daad (§ 7.3), daarna voor de kwalitatieve aansprakelijkheden voor personen, roerende zaken, opstallen en dieren (§ 7.4), en tot slot voor de tekortkoming in de nakoming van een verplichting uit overeenkomst (§ 7.5). Het hoofdstuk sluit ik af met een samenvatting (§ 7.6).

7.2 De funderende betekenis van de beoogde bescherming

7.2.1 Inleiding

340. Het eenvoudige uitgangspunt van dit hoofdstuk is dat indien door een norm-schendende gedraging schade wordt veroorzaakt, terwijl het doel van de geschonden norm juist is de gelaedeerde te beschermen tegen deze soort schade en de wijze waarop zij is ontstaan, een toereikend normatief verband bestaat tussen de normschendende gedraging en de schade. De laedens dient dan in beginsel¹ voor deze schade aansprakelijk te zijn. Deze schade is daarom toerekenbaar, terwijl ten aanzien van deze schade ook aan het relativiteitsvereiste, voor zover dat geldt, wordt voldaan.² Het zou in het algemeen namelijk onbegrijpelijk en inconsistent zijn wanneer in ons rechtstelsel enerzijds een norm in het leven is geroepen met het oogmerk bepaalde personen tegen een bepaalde soort schade en een bepaalde ontstaanswijze van die schade te beschermen, maar anderzijds wanneer juist dergelijke schade als gevolg van de schending van deze norm ontstaat, deze schade niet door de laedens vergoed zou behoeven worden. Alleen als daarvoor een bijzondere reden bestaat, bijvoorbeeld omdat de gelaedeerde eigen schuld aan de schade heeft of geschaad is in een niet-rechtmatig belang, laat zich onder deze omstandigheden begrijpen om de laedens niet (volledig) voor de schade aansprakelijk te laten zijn. Voor aansprakelijkheid uit kwaliteit geldt *mutatis mutandis* hetzelfde.

Met het uitgangspunt dat voor de door een normschendende gedraging veroorzaakte schade in beginsel aansprakelijkheid dient te bestaan indien met de norm beoogd is te beschermen tegen de schade zoals geleden, is een verband gelegd tussen enerzijds het doel van een norm en anderzijds de inhoud van de door het recht bij de schending van een norm geboden schadevergoedingsremedie.³ Meer in het algemeen laat zich de vraag stellen hoe het doel van een norm de inhoud van de door een rechtssysteem geboden remedies beïnvloedt. Ter zake van de schadevergoedingsremedie, die in dit boek centraal staat, verdient opmerking dat het doel van de geschonden norm op verschillende fronten invloed uitoefent. In § 6.2.5 bleek dat de door de geschonden norm beoogde bescherming kan beïnvloeden welk causaal verband verlangd wordt en op welke wijze een hypothetische vergelijkings situatie geconstrueerd dient te worden. Het doel van de geschonden norm kan voorts maken dat het causaliteitsvereiste in verband met bewijskwesities wordt gemitiëerd. Dat is het geval waar de ‘omkeringsregel’ en de leerstukken van proportionele aansprakelijkheid en alternatieve aansprakelijkheid worden toegepast.⁴ Het doel van de geschonden norm kan ook maken dat door de gelaedeerde geleden schade die normaliter rechtens niet voor vergoeding in aanmerking komt, toch door de laedens vergoed dient te worden. Dit is bijvoorbeeld het

1 Behoudens in het geval waarin de aanspraak tot schadevergoeding een andere (verhaals)regeling onaanvaardbaar zou doorkruisen (hoofdstuk 13) en in het geval van een *in pari delicto* verkerende gelaedeerde of schade in een niet-rechtmatig belang (hoofdstuk 14) en behoudens in andere leerstukken tot uitdrukking gebrachte grenzen aan aansprakelijkheid, zoals bijvoorbeeld eigen schuld van de gelaedeerde, voordeels-toerekening, matiging of een overeengekomen aansprakelijkheidsbeperking.

2 Dat om bijzondere in hoofdstuk 13 en 14 te bespreken redenen, die los staan van het vereiste verband tussen de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis en de schade, in deze gevallen toch niet voldaan kan zijn aan het relativiteitsvereiste en/of aan het toerekeningsvereiste laat ik in dit hoofdstuk verder buiten beschouwing om mijns inziens onnodige omhaal van woorden te voorkomen.

3 Vooral in de Engelstalige literatuur is veel geschreven over deze vraag in het algemeen, zie bijvoorbeeld Friedmann 2005, p. 3 t/m 17; Weinrib 2012, p. 81 t/m 116; en Smith 2004, p. 387 t/m 398.

4 Vgl. Akkermans 1997, p. 70, 71 402, 403; Akkermans 2002, p. 10, 11, 136; en Lindenbergh 2007a, p. 19 t/m 21. Te wijzen valt ook op HR 27 november 2009, *NJ* 2014/210 m.nt. C.E. du Perron (*World Online*).

geval waar een onrechtmatige daad jegens een ander wordt gepleegd met het oogmerk immateriële schade aan een derde toe te brengen,⁵ en waar door onrechtmatig procederen de gelaedeerde tot het maken van proceskosten wordt gedwongen.⁶ Tot slot kan het doel van de geschonden norm maken dat bepaald onredelijk gedrag van de gelaedeerde, dat de schade van de gelaedeerde mede doet ontstaan of vergroot, niet op grond van eigen schuld van de gelaedeerde (art. 6:101 BW) tot een beperking van de schadevergoedingsverplichting van de laedens leidt. Dit is het geval wanneer de geschonden norm mede tot doel heeft de gelaedeerde te beschermen tegen de schade die het gevolg is van diens eigen fouten.⁷

341. De gedachte dat het doel van de geschonden norm of van de kwalitatieve aansprakelijkheid deze funderende betekenis heeft bij de beoordeling of een toereikend normatief verband aanwezig is, ligt voor de hand, maar is niet zonder meer toepasbaar. Steeds is slechts in abstracto gegeven tegen welke schade met een norm beoogd is te beschermen, terwijl steeds naar aanleiding van concrete casus – met alle daarin spelende bijzonderheden – de vraag rijst of de geleden schade aan het doel van de geschonden norm beantwoordt. Tussen het doel in abstracto en de geleden schade in concreto kan een zodanige kloof gapen dat het niet eenvoudig valt te zeggen of het doel óók is te beschermen tegen de schade zoals geleden. Deze kloof tussen de beoogde bescherming in abstracto en de geleden schade in concreto wordt in het algemeen groter naarmate de norm een meer algemeen karakter heeft en naarmate de causale keten tussen de normschendende gedraging en de schade langer wordt. Onder omstandigheden kan het antwoord op de vraag of met de geschonden norm ook beoogd is te beschermen tegen de schade zoals geleden, evident niet aan die norm zelf worden ontleend.

Bloembergen heeft het volgende treffende voorbeeld gegeven. A snoeit zijn heg en daarbij komen takken op de oprit van buurman B terecht. A pleegt aldus inbreuk op een subjectief recht van B. Wanneer B 's avonds laat thuiskomt parkeert hij vanwege de takken op zijn oprit zijn auto op straat in plaats van in zijn garage. De volgende dag is de auto gestolen. Mogelijk is dat B als gevolg daarvan te laat op zijn werk komt en een lucratieve transactie mist, mogelijk is ook dat B, omdat zijn auto gestolen is, met de trein naar zijn werk gaat en bij een spoorwegongeval letsel oploopt. Bloembergen was – mijns inziens terecht – van oordeel dat B's geschonden eigendomsrecht geen informatie geeft over de vraag of de schade uit de gemiste transactie of de schade ten gevolge van het letsel voor vergoeding in aanmerking komt. Bloembergen was tevens – mijns inziens eveneens terecht – van oordeel dat als de takken in strijd met de gemeenteverordening voor de oprit op het trottoir zijn gedeponereerd, zich uit de strekking van deze norm niet laat afleiden of voor de schade aansprakelijkheid dient te bestaan.⁸

5 HR 26 oktober 2001, NJ 2002/216 m.nt. J.B.M. Vranken (*Oogmerk*).

6 HR 29 juni 2007, NJ 2007/353 (*Waterschappen/Milieutech Beheer*); HR 6 april 2012, NJ 2012/233 (*Duka/Achmea*); HR 12 juni 2015, NJ 2016/380 m.nt. H.B. Krans (*K./Rabobank*) en HR 15 september 2017, NJ 2018/164 m.nt. S.D. Lindenberg (*De Alternatieve/Van Eendenburg*). Het uitgangspunt dat daadwerkelijk gemaakte proceskosten niet als schade voor vergoeding in aanmerking komen, en de uitzondering ingeval met de geschonden norm juist tegen deze kosten beoogd is te beschermen, zijn (uiteraard) slechts dan van belang wanneer tussen een normschending en het maken van de proceskosten *conditio-sine-qua-non*-verband bestaat. Zie nader nr. 715.

7 In bijvoorbeeld HR 2 februari 1962, NJ 1964/329 m.nt. L.J. Hijmans van den Bergh (*Ove Skou/De Jonge*) en HR 6 september 2013, NJ 2014/176 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Van Uden/NBG Finance*). Zie hierover ook advocaat-generaal Hartlief in zijn conclusie vóór HR 21 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2385 (*Rabobank/X*), § 3.16 e.v.

8 Bloembergen 1993, p. 144, 145.

Met de hiervoor weergegeven funderende betekenis van het doel van de geschonden norm of van de toepasselijke kwalitatieve aansprakelijkheid, is het vraagstuk van het normatieve verband tussen de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis en de daardoor veroorzaakte schade dus niet nog opgelost.

In zowel de Nederlandse, Duitse als Engelse literatuur is dat gesignaleerd. Auteurs die betoogden dat het bij de toerekening van schade aankomt op het (uit te leggen) doel van de geschonden norm zijn steeds – terecht, en zonder dat zij daarop serieus weerwoord hebben gegeven – bestreden door auteurs die betoogden dat uit de norm niet altijd valt af te leiden of beoogd is te beschermen tegen de schade zoals geleden.⁹

Diverse auteurs hebben gewezen op een verband tussen het doel van de geschonden norm en de toerekening van de door de schending van die norm veroorzaakte schade. Köster stelde de factor de aard van de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust voorop in zijn toerekeningsbepaling (waarmee hij het ontwerp voor zowel art. 6:98 als 6:163 BW beoogde te vervangen), maar maakte weinig duidelijk wat hij hiermee precies bedoelde.¹⁰ Brunner betoogde dat steeds onderzocht dient te worden of het doel waarmee de norm is opgesteld de toerekening van de ontstane schade rechtvaardigt,¹¹ maar werkte dat ongelukkig uit door slechts vier soorten beschermingsdoelen van normen te onderscheiden.¹² H. Drion schreef dat de maatstaf die bij de toerekening dient te worden aangelegd, niet los kan worden gezien van de aard van de onrechtmatige daad en de geschonden rechtsnorm.¹³ Nieuwenhuis heeft betoogd dat, naast het feitelijk causale verband tussen normschending en schade, sprake dient te zijn van een “*teleologisch verband*” tussen norm en schade. Beslissend voor de vraag of schade redelijkerwijs kan worden toegerekend was volgens hem of de schade viel binnen de beschermingsomvang van de norm waarop aansprakelijkheid berust. In het licht van de ratio, de strekking van de regeling waarop de aansprakelijkheid is gegrond, diende volgens Nieuwenhuis te worden beoordeeld of de schade *te* uitzonderlijk of *te* ver verwijderd is.¹⁴ Lankhorst kwam in zijn dissertatie, kennelijk medegeïnspireerd door zijn promotor Nieuwenhuis, tot de conclusie dat: “[c]iviele aansprakelijkheid [voor de door de schending van een gedragsnorm veroorzaakte schade] moet ontstaan wanneer de strekking van de door de dader overtreden gedragsnorm dat redelijkerwijs met zich meebrengt.”¹⁵ Lindenbergh heeft in zijn Rotterdamse intreerede betoogd dat het niet voor de hand ligt om veroorzaakte schade in een belang waarvan vaststaat dat het door de geschonden norm beschermd wordt, niet toe te rekenen. Ook heeft Lindenbergh de vraag gesteld welke rol er na beantwoording van de relativiteitsvraag, in al zijn facetten, nog is weggelegd voor art. 6:98 BW.¹⁶

342. Het doel van de geschonden norm of van de toepasselijke kwalitatieve aansprakelijkheid kan naar mijn mening op twee manieren bijdragen aan de conclusie dat tussen de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis en de daardoor veroorzaakte schade een toereikend normatief verband bestaat. In de eerste plaats

9 In Nederland: Lankhorst 1992a, p. 163 t/m 168 vs. Bloembergen 1965, nr. 124 en Bloembergen 1993, p. 144, 145; in Duitsland: Von Caemmerer 1956, p. 12 vs. Stoll 1968, p. 27; en in de Engelstalige literatuur Bingham 1909, p. 34 t/m 37 en 136 e.v. en Green 1927, p. 23, 44 t/m 47 vs. Hart & Honoré 1985, p. L, 109, 476 en 477 en Moore 2009, p. 217 t/m 225.

10 Köster 1963, p. 14.

11 Brunner 1981a, p. 214.

12 Zie nader nr. 230.

13 Drion 1987, p. 32.

14 Nieuwenhuis 1982, p. 480 e.v. Vgl. ook Nieuwenhuis 2013, p. 128 e.v.

15 Lankhorst 1992a p. 165.

16 Lindenbergh 2007a, p. 11, 12, 22.

laat zich in allerlei gevallen wél vaststellen dat met de geschonden norm beoogd is te beschermen tegen de in concreto geleden schade. In die gevallen is het vereiste normatieve verband aanwezig. Dit is de eerste funderende functie van het beschermingsdoel. Uitgaande van een bepaalde norm kan, verder, het geheel van situaties worden bepaald waarin door een normschendende gedraging schade wordt veroorzaakt die, gezien het doel van de norm, in voldoende verband staat met de normschendende gedraging. Het geheel van deze bij een norm behorende schadesituaties zal ik aanduiden als de harde kern van het beschermingsbereik van die norm. Deze harde kern van het beschermingsbereik van de geschonden norm biedt een, vooral bij moeilijker liggende gevallen, onmisbaar oriëntatiepunt bij de beoordeling of voor een andere door schending van die norm veroorzaakte schadesituatie in voldoende verband staat met de normschendende gedraging. Dit is de tweede funderende functie van het beschermingsdoel. Voor het doel van de kwalitatieve aansprakelijkheden geldt hetzelfde. Deze twee manieren waarop het doel van de geschonden norm of van de toepasselijke kwalitatieve kan bijdragen aan de conclusie dat sprake is van een voldoende normatief verband tussen de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis en de daardoor veroorzaakte schade, werk ik uit in § 7.2.2 en 7.2.3.

7.2.2 De harde kern van het beschermingsbereik

Constructie van de harde kern van het beschermingsbereik

343. Wanneer laat zich vaststellen dat met de geschonden norm beoogd is om te beschermen tegen de schade zoals door de normschendende gedraging is veroorzaakt? Dit laat zich in ieder geval vaststellen in de concrete situaties waarin met het bestaan van de norm onverenigbaar zou zijn om geen aansprakelijkheid te laten bestaan voor deze schade. Dit zijn in ieder geval de meest basale, niet door bijzonderheden gecompliceerde, situaties.¹⁷ Daarmee bedoel ik die situaties waarin men kan zeggen: als er dan situaties zijn waarin de schending van de norm leidt tot een verplichting de daardoor veroorzaakte schade te vergoeden, dan zal dat in ieder geval in deze situatie zijn omdat het in elke andere situatie minder voor de hand zou liggen. Naast deze meest basale situaties, gaat het om de klaarblijkelijk niet-relevant andere situaties.

Bij het inventariseren van deze situaties waarin zich laat vaststellen dat het doel van de geschonden norm is te beschermen tegen de schade zoals geleden, kan men de focus leggen op de *persoon* die schade lijdt en op het *soort schade* en de *wijze waarop* de schade ontstaat.

Iemand steekt op onrechtmatige wijze de zaak van een ander in brand. Welke personen worden door de geschonden norm beschermd? Uit het doel van de geschonden norm volgt dat in ieder geval de eigenaar van de zaak beschermd zal zijn. Schade van de eigenaar is de meest basale schadesituatie bij onrechtmatige zaaksbeschadiging. Met het bestaan van de norm zou niet ver-

17 Men zou in plaats van de term 'basaal' ook de term 'normaaltypisch' kunnen gebruiken. Deze laatste term suggereert echter dat het gaat om schade die bij normaal verloop ontstaat. Die suggestie kan in allerlei situaties onjuist zijn, omdat bij de schending van de norm slechts een zeer geringe kans aanwezig is dat schade ontstaat en bij de schending van de norm in de regel dus geen schade zal ontstaan. Om deze reden gebruik ik de term *basaal* in plaats van de term *normaaltypisch*.

enigbaar zijn wanneer juist voor de schade van de eigenaar niet in beginsel aansprakelijkheid zou bestaan. Of ook een pandhouder, een huurder of iemand die een contractueel belang bij de zaak heeft wordt beschermd, volgt daarentegen niet zonder meer uit het doel van de norm.

Op onzorgvuldige wijze wordt een kelderluik in een café opengezet. Een bezoeker van het café valt in de kelder en raakt gewond. Tegen welke soort schade en welke wijze van ontstaan daarvan beoogt de norm te beschermen? In het algemeen kan een persoon bij een val in een kelder uiteenlopend letsel oplopen. Te denken valt aan enkele schrammen, een gebroken been of rug of een dwarslaesie. Dat letsel kan leiden tot kosten voor behandeling, gederfde inkomsten gedurende zo'n behandeling en herstel, en bovendien tot verlies aan arbeidsvermogen. Binnen een ruime bandbreedte is sprake van basale of klaarblijkelijk niet-relevant andere schadesituaties en zou het met het bestaan van de norm niet verenigbaar zijn wanneer voor die schade niet in beginsel aansprakelijkheid zou bestaan.¹⁸

344. In het algemeen, dus zonder dat men het oog heeft op een bepaalde norm of een bepaalde kwalitatieve aansprakelijkheid, laat zich niet nader specificeren wat heeft te gelden als basale of klaarblijkelijk niet-relevant andere schadesituatie. In § 7.3, 7.4 en 7.5 werk ik voor verschillende normen en kwalitatieve aansprakelijkheden de harde kern van het beschermingsbereik nader uit.

De jurisprudentie van de Hoge Raad

345. De benadering waarin op grond van de met de geschonden norm beoogde bescherming wordt geconcludeerd dat een toereikend normatief verband bestaat tussen de normschendende gedraging en de daardoor veroorzaakte schade en die schade dus kan worden toegerekend, wordt al sinds 1960 met zekere regelmaat door de Hoge Raad gevolgd.¹⁹ De Hoge Raad heeft deze benadering toegepast zowel bij delictuele als contractuele aansprakelijkheid en zowel in gevallen van personenschade, zaakschade als zuivere vermogensschade.

Illustratief is de zaak *Dicky/Trading I*.²⁰ Een notaris werd door een particuliere verkoper van onroerend goed verweten niet te hebben gewaarschuwd voor, kort gezegd, het risico dat de koopsom na levering van het onroerend goed niet zou worden betaald en geen verhaal op de koper (een rechtspersoon) mogelijk zou zijn. Het hof oordeelde dat de schade van de verkoper, voor zover al sprake zou zijn van feitelijk causaal verband, niet aan de wanprestatie van de notaris kon worden toegerekend omdat de notaris niet had behoeven te verwachten dat, als gevolg van zijn niet-waarschuwen, de geleden schade zou intreden. De Hoge Raad vernietigde op dit punt en oordeelde: “[w]anneer hetgeen zich hier heeft verwezenlijkt – te weten dat [de koopsom niet is betaald en de koper geen verhaal biedt] – behoort tot de risico's met het oog waarop [de notaris]

18 Zie over schending normen van ongeschreven recht nader § 7.3.

19 HR 12 februari 1960, *NJ* 1960/171 (*Edel en Van der Groep/De Oude Zwolsche*); HR 18 december 1970, *NJ* 1971/142 m.nt. G.J. Scholten (*De Brouwer/Van den Besselaar*); HR 18 december 1992, *NJ* 1994/91 m.nt. E.A.A. Luijten (*Dicky Trading I*); HR 1 juli 1993, *NJ* 1993/667 m.nt. P.A. Stein (*Nuts/Hofman*); HR 21 februari 1997, *NJ* 1999/145 m.nt. C.J.H. Brunner (*Wrongful birth*); HR 27 februari 1998, *NJ* 1998/417 (*Misbruik door broer*); HR 16 juni 2000, *NJ* 2000/584 m.nt. C.J.H. Brunner (*Sint Willibrord/V*); HR 18 maart 2005, *NJ* 2006/606 m.nt. J.B.M. Vranken (*Baby Kelly*); HR 5 juni 2009, *NJ* 2012/182 m.nt. J.B.M. Vranken (*De Treek/Dexia*). In HR 25 september 1992, *NJ* 1992/751 (*Alpuro/Dijkhuizen*) lijkt de Hoge Raad op het eerste gezicht deze regel niet te volgen. In deze zaak is echter sprake van een zodanige mate van eigen schuld van de gelaedeerde (vanwege aan hem toerekenbare gedragingen van zijn hulpersoon die de medicijnen aan de kalveren had toegebracht) dat de schade daarom niet vergoed behoeft te worden.

20 HR 18 december 1992, *NJ* 1994/91 m.nt. E.A.A. Luijten (*Dicky Trading I*).

zijn voormelde verplichting als notaris had moeten nakomen, zal de daaruit voortvloeiende schade in beginsel aan hem als een gevolg van de niet-nakoming van die verplichting kunnen worden toegerekend". Gelet op het doel van de geschonden norm gaat het hier naar mijn mening om een basale schadesituatie; met het bestaan van de norm zou niet verenigbaar zijn om voor deze schade niet in beginsel aansprakelijkheid te laten bestaan.²¹

De Hoge Raad heeft in deze jurisprudentie steeds enigszins andere formuleringen gebruikt.

In de oudste zaak, *Edel en Van der Groep/De Oude Zwolsche*, waarin een vrachtwagen bij dichte mist een voorliggende auto inhaalde, de vrachtwagenchauffeur daarbij vanwege de mist niet een tegenligger zag aankomen, en door uitwijkmanoeuvres vervolgens op een wonderlijke manier een aanrijding ontstond waarbij de automobilist die achter de vrachtwagen had gereden schade leed, heeft de Hoge Raad ter zake van de toerekening geoordeeld: "*dat het Hof de gedragingen van [de vrachtwagenchauffeur] onrechtmatig heeft geoordeeld omdat door deze gedragingen het gevaar voor verkeersongevallen in het algemeen werd vergroot; dat nu dit gevaar zich heeft verwezenlijkt, het Hof terecht niet heeft onderzocht met welke graad van waarschijnlijkheid kon worden voorzien dat het ongeval zich juist op deze wijze zou voordoen*". In *Brouwer/Van den Besselaar*, ook een zaak naar aanleiding van een verkeersongeval, en in *Nuts/Hofman*, een zaak over werkgeversaansprakelijkheid, heeft de Hoge Raad de toerekening van schade door middel van eenzelfde formule geschraagd.²² In *Wrongful birth* en *Misbruik door broer* oordeelde de Hoge Raad: "[v]oor een dergelijke toerekening [in de zin van art. 6:98 BW] is in beginsel voldoende dat door de desbetreffende fout een risico is geschapen, dat zich vervolgens heeft verwezenlijkt." In *Sint Willibrord/V.* rechtvaardigde de Hoge Raad de toerekening van uit een bizarre causale keten ontstane zaakschade van 'een derde' op de grond dat door de normschending "*een verhoogd gevaar voor enigerlei schade aan derden in het leven [is] geroepen*". De Hoge Raad oordeelde in *Baby Kelly* dat de toerekening van de geleden schade gerechtvaardigd werd, *mede* omdat de geschonden norm strekte tot voorkoming van die schade. In *DeTreek/Dexia* oordeelde de Hoge Raad dat de geschonden verplichting ertoe strekte een bepaald schadelijk gevolg te voorkomen en dat het door de schending van die verplichting ontstane schadelijke gevolg dus kan worden toegerekend.

Door de in de literatuur dominante opvatting dat het toerekeningsprobleem door middel van een multifactorbenadering dient te worden opgelost, is deze lijn in de jurisprudentie van de Hoge Raad mijns inziens enigszins onderbelicht gebleven. Omdat het consistent en rationeel is om in beginsel aansprakelijkheid te laten bestaan voor de door een normschending veroorzaakte schadesituatie indien met de geschonden norm beoogd is daartegen te beschermen, dient deze benadering van de Hoge Raad naar mijn mening te worden toegejuicht. Bij de beoordeling of het benodigde normatieve verband bestaat tussen de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis en de daardoor veroorzaakte schade, dient deze benadering naar mijn mening voorop te worden gesteld. Juist door vast te stellen dat met de ge-

21 Opgemerkt zij dat de Hoge Raad motiveert met "*de risico's met het oog waarop de notaris de verplichting had moeten nakomen*" in plaats van te spreken van de verplichting tot waarschuwing die met het oog op bepaalde risico's bestond. Mijns inziens verdient de tweede formulering de voorkeur. Wanneer sprake is van een algemene verplichting, die zich onder omstandigheden concretiseert, kan men ook de eerste formulering hanteren.

22 Zie over deze zaak nr. 374.

geschonden norm beoogd is te beschermen tegen de schade zoals geleden, kan op een overtuigende wijze worden gemotiveerd dat dit verband aanwezig is.

346. De door de Hoge Raad in deze jurisprudentie gebruikte formulering laat wel ruimte voor verbetering. In de eerste plaats verdient aanbeveling niet naar een door de normschending vergroot gevaar of risico te verwijzen. Beter is de motivering toe te spitsen op de vraag of het risico of het gevaar waartegen met de geschonden norm beoogd is te beschermen zich heeft verwezenlijkt. Ongelukkig is bijvoorbeeld de formule “*Voor een dergelijke toerekening [in de zin van art. 6:98 BW] is in beginsel voldoende dat door de desbetreffende fout een risico is geschapen, dat zich vervolgens heeft verwezenlijkt.*” Van (vrijwel)²³ elke schade die ontstaat ten gevolge van een fout kan namelijk wel gezegd worden dat de fout kennelijk het risico op die schade heeft geschapen en dat risico zich vervolgens heeft verwezenlijkt: de schade is immers ontstaan als gevolg van de fout. De door de Hoge Raad gehanteerde formule mist hierom het noodzakelijke onderscheidende vermogen. Ondanks zijn minder gelukkige woordkeuze kan er mijns inziens weinig twijfel over bestaan dat de Hoge Raad hier heeft bedoeld dat voor de toerekening van de schade in beginsel voldoende is dat met de geschonden norm beoogd is te beschermen tegen de verwezenlijking van een bepaald risico en juist dat risico zich heeft verwezenlijkt. Het zou goed zijn wanneer de Hoge Raad dat duidelijker tot uitdrukking zou brengen.²⁴

In de tweede plaats verdient aanbeveling om uitdrukkelijker te verantwoorden dat, gelet op dat doel van de geschonden norm, sprake is van een basale of klaarblijkelijk niet-relevant andere schadesituatie en de schade daarom dient te worden toegerekend. Deze verantwoording is nodig, omdat het doel van de geschonden norm geen toverformule of machtswoord dient te worden om de door de normschendende gedraging veroorzaakte schade toe te rekenen.²⁵ Het doel van de geschonden norm op zichzelf maakt alleen in deze basale of klaarblijkelijk niet-relevant andere schadesituaties dat tussen de normschendende gedraging en de daardoor veroorzaakte schade een voldoende normatief verband bestaat. Door te motiveren dat van een dergelijke schadesituatie sprake is, wordt voorkomen dat te gemakkelijk wordt aangenomen dat met de norm beoogd is te beschermen tegen de schade zoals geleden. Indien op deze manier wordt gemotiveerd, is tegelijkertijd het door de Hoge Raad met de woorden ‘in beginsel’ ingebouwde proviso ter zake van de toerekenbaarheid van de schade overbodig. Ook is het dan niet nodig om, zoals de Hoge Raad in *Baby Kelly* deed, zelfs wanneer de geschonden norm strekt tot bescherming tegen de schade zoals geleden, daar slechts een voor de schadetoerekening relevante factor in te zien.

23 De – uitzonderlijke – situatie waarin valt te betogen dat de normschendende gedraging niet een risico heeft geschapen dat zich vervolgens heeft verwezenlijkt, omdat het risico dat zich heeft verwezenlijkt altijd al bestond en niet is vergroot, wordt behandeld in hoofdstuk 11.

24 Akkermans 2002, p. 157 t/m 162 heeft vergelijkbare kritiek geuit op de identieke formule die de Hoge Raad aanvankelijk hanteerde bij de toets of de ‘omkeringsregel’ kon worden toegepast. Akkermans heeft voorgesteld het verband met de strekking van de norm duidelijker tot uitdrukking te doen komen: “*een norm is geschonden die specifiek de strekking heeft te beschermen tegen een bepaald soort risico, en juist dat risico zich vervolgens heeft verwezenlijkt*”. De Hoge Raad heeft zich deze kritiek aangetrokken en verwijst sinds HR 29 november 2002, NJ 2004/304 (*Lekkende tankcontainer*) in zijn rechtspraak over de toepassing van de ‘omkeringsregel’ consistent naar het specifieke gevaar ter zake van het ontstaan van schade waartegen de norm bescherming beoogt te bieden.

25 Vgl. Boonekamp 2002, p. 41 die zich afvraagt of met de regel dat schade toerekenbaar is als de geschonden norm strekt tot voorkoming ervan niet een nieuwe toverformule is gecreëerd.

347. Naar ik meen, laat zich uit de in het voorgaande beschreven funderende betekenis van het doel van de geschonden norm voor het bestaan van een toereikend normatief verband, ook de ruime toerekening van schade in het geval van de schending van een verkeers- of veiligheidsnorm rechtvaardigen. Omdat in ons recht, terecht, groot belang wordt gehecht aan het voorkomen van letsel, dient men zich in allerlei gevallen aan normen te houden die letsel beogen te voorkomen, ook als de kans dat bij de schending van die norm letsel ontstaat zeer gering is. Deze normen beogen aldus nogal eens te beschermen tegen een nog vrij abstract gevaar dat zich op allerlei, vooraf veelal onwaarschijnlijke en onvoorzienbare, manieren kan verwezenlijken. Als dat inherent is aan de norm, dan kan de onwaarschijnlijkheid of onvoorzienbaarheid van de wijze waarop het letsel is ontstaan, in beginsel geen argument zijn om te concluderen dat het vereiste normatieve verband niet aanwezig is. In zijn rechtspraak baseerde de Hoge Raad de ruime toerekening bij verkeers- en veiligheidsnormen tot voor kort niet uitdrukkelijk op de met de geschonden norm beoogde bescherming. De door hem gegeven motivering lag hier steeds wel dicht tegenaan.

In *Vader Versluis*²⁶ oordeelde hij dat “[b]ij overtreding van [verkeers- en veiligheidsnormen], die in de regel strekken ter voorkoming van verkeers- of arbeidsongevallen, (...) rekening [moet] worden gehouden met de mogelijkheid van ernstige gevolgen, hoe deze zich ook in het concrete geval mogen voordoen”. In *Dorpshuis Kamerik*²⁷ oordeelde hij dat de in acht te nemen zorgvuldigheidsnorm “naar haar aard mee[brengt], dat het er, voor aansprakelijkheid jegens degeen die door het in aanraking komen met de gevaarlijke vloeistof letsel oploopt, in beginsel niet toe doet, of de wijze waarop het letsel door aanraking met de stof in het gegeven geval precies is veroorzaakt, voorzienbaar was voor de partij die de betreffende zorgvuldigheidsnorm niet in acht heeft genomen”.

Naar ik meen zou de Hoge Raad ook in deze gevallen zijn motivering kunnen verhelderen door de toerekening duidelijker te baseren op de met de geschonden norm beoogde bescherming. De motivering die de Hoge Raad in het arrest inzake het schietincident in Alphen aan den Rijn op dit stuk heeft gegeven,²⁸ is een stap in de goede richting.

Verhouding tot de factor voorzienbaarheid van de schade zoals geleden

348. In de rechtspraktijk is de opvatting ingeburgerd dat de voorzienbaarheid of de waarschijnlijkheid van de schade zoals geleden een belangrijke factor is bij de toerekenbaarheid van die schade.²⁹ In § 4.3 heb ik bestreden dat deze voorzienbaarheid of waarschijnlijkheid als factor bij de toerekening van de schade kan dienen. De voorzienbaarheid en de waarschijnlijkheid van de schade zoals geleden hangt namelijk af van de mate van detail waarmee deze schade beschreven

26 HR 2 november 1979, NJ 1980/77 m.nt. G.J. Scholten (*Vader Versluis*).

27 HR 8 januari 1982, NJ 1982/614 m.nt. C.J.H. Brunner (*Dorpshuis Kamerik*).

28 HR 20 september 2019, ECLI:NL:HR:2019:1409 (*Schietincident Alphen aan den Rijn*), rov. 3.3.2. De Hoge Raad motiveerde zijn oordeel dat het hof terecht had geoordeeld dat bij de schadetoerekening aan de voorzienbaarheid van de schade bij het verlenen van het verlof minder hoge eisen zijn te stellen ermee dat de geschonden “norm (...) immers ertoe [strekt] schade door onverantwoord vuurwapenbezit te voorkomen, in beginsel ongeacht de wijze waarop deze in het concrete geval ontstaat.”

29 Vgl. bijvoorbeeld Hartlief 2014, p. 2917 en Van Dunné 2004, p. 385.

wordt. Tevens viel mijns inziens niet in te zien waarom het gegeven dat bepaalde schade minder vaak als gevolg van de schending van een bepaalde norm ontstaat, normatieve betekenis heeft voor de toerekenbaarheid van die schade.

Naar mijn mening dient in plaats van in termen van de voorzienbaarheid of de waarschijnlijkheid van de *schade zoals geleden*, gedacht te worden in termen van het doel van de geschonden norm of van de toepasselijke kwalitatieve aansprakelijkheid en de in dat kader basale en klaarblijkelijk niet-relevant andere schadesituaties. Men zegge dus niet: de schade zoals geleden kon worden voorzien of was voldoende waarschijnlijk en daarom ook toerekenbaar. In plaats daarvan dient men te zeggen: de veroorzaakte schadesituatie is een schadesituatie waartegen met de geschonden norm beoogd is te beschermen en daarom dient de schade te worden toegerekend. Op deze manier raakt men niet verstrikt in het beschrijvingsprobleem terwijl de benadering ook normatief begrijpelijk is. In § 7.3, 7.4 en 7.5 zal verder blijken dat het antwoord op de vraag of voorzienbaar schade *zou kunnen ontstaan* en hoe waarschijnlijk dat ontstaan is, een belangrijke rol speelt bij de bepaling van het doel van diverse normen. Het is dus niet zo dat voorzienbaarheid of waarschijnlijkheid van schade niet van belang is voor toerekenbaarheid van schade. Gekeken dient echter niet *achteraf* te worden naar de voorzienbaarheid of de waarschijnlijkheid van *de schade zoals geleden*, maar *vooraf* naar de voorzienbaarheid of waarschijnlijkheid van *het ontstaan van schade*. Deze voorzienbaarheid is verder niet direct een factor bij de schadetoerekening, maar indirect via de bepaling van het beschermingsdoel van de geschonden norm of van de kwalitatieve aansprakelijkheid.

7.2.3 *De harde kern van het beschermingsbereik als oriëntatiepunt*

349. Niet in elke situatie waarin schade ontstaat ten gevolge van een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis, geldt dat met het bestaan van de geschonden norm onverenigbaar zou zijn om voor deze schade geen aansprakelijkheid te laten bestaan. Niet elke schadesituatie is immers een basale of klaarblijkelijk niet-relevant andere schadesituatie. Niet elke schadesituatie ligt aldus in de harde kern van het beschermingsbereik van de geschonden norm.³⁰ Dit betekent echter niet, dat dergelijke schade in onvoldoende normatief verband staat tot de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis. Ook betekent dit niet, dat het doel van de geschonden norm voor de toerekenbaarheid geen betekenis meer heeft. Deze omstandigheid maakt slechts dat het doel van deze norm niet zonder de conclusie kan dragen dat het normatieve verband toereikend is.³¹ Het beschermingsbereik van de norm wordt rondom de harde kern ervan als het ware diffuus. Dit gebeurt op de dimensie van zowel de persoon van de gelaedeerde, van het soort geleden schade als van de wijze waarop de schade is ontstaan.

(1) Indien op onrechtmatige wijze een zaak in brand wordt gestoken, volgt uit de norm dat de eigenaar van de zaak beschermd is, maar volgt uit de norm niet zonder meer of ook een pandhou-

30 Zie over die term nr. 342.

31 Men kan ook zeggen dat uit de fundering van een gebouw veel, maar niet alles over het gebouw zelf kan worden afgeleid, vgl. Lucy 2007, p. 251, 252 die in verband met de normatieve fundering van het verbintenissenrecht als geheel deze analogie maakt met de fundering van een gebouw.

der, een huurder of iemand met een ander contractueel belang bij de zaak beschermd is (zie ook nr. 340). (2) Indien op onzorgvuldige wijze in een café een kelderluik open wordt gezet en een bezoeker van het café hierdoor in de kelder valt, bestaat een ruime bandbreedte van basale en klaarblijkelijk niet-relevant andere schadesituaties waarin de schade kan worden toegerekend op de grond dat de norm die schade beoogt te voorkomen (zie ook nr. 340). Maar stel nu dat een bezoeker van het café bij zijn val in de kelder enkele tenen breekt, zijn voet hierom enkele weken in het gips moet om te genezen, en de gelaedeerde, aan het eind van de eerste dag dat zijn voet uit het gips is, over zijn eigen deурmat struikelt omdat zijn nog niet geheel herstelde voet is gaan slepen.³² Uit de norm volgt niet zonder meer dat beoogd is ook tegen deze schade te beschermen. In beide voorbeelden geraken wij buiten de harde kern, in het diffuse gebied, van het beschermingsbereik van de geschonden norm.

Wanneer het doel van de geschonden norm niet meer noopt tot de conclusie dat het normatieve verband toereikend is, rijst de vraag welke omstandigheden dan relevant zijn bij de toetsing van dit verband. Hier is van belang om te constateren dat de harde kern van het beschermingsbereik van de geschonden norm bij deze toetsing relevant blijft. Het uitgangspunt dat gelijke gevallen gelijk behandeld dienen te worden, en dat differentiatie legitimatie vergt,³³ maakt namelijk dat uitgelegd dient te worden waarom de door de normschendende gedraging veroorzaakte schadesituatie in die mate anders is dan de schadesituaties die liggen in de harde kern van het beschermingsbereik van de norm, dat de veroorzaakte schade niet kan worden toegerekend en daarvoor dus geen aansprakelijkheid bestaat.

Deze relevantie van de schadesituaties in de harde kern van het beschermingsbereik laat zich als volgt illustreren. (1) Op onrechtmatige wijze wordt een ruit van een winkel beschadigd. De huurder van het pand herstelt de schade. Indien zich laat vaststellen dat de eigenaar van het pand, indien deze schade voor zijn rekening zou zijn gekomen, jegens de laedens recht had gehad op vergoeding daarvan, ligt ook voor de hand om de huurder jegens de laedens aanspraak op schadevergoeding te geven. Niet valt in te zien waarom de laedens, die normaliter de herstelkosten aan de eigenaar had dienen te vergoeden, deze verplichting tot schadevergoeding kan ontlopen omdat de huurder de herstelkosten op zich heeft genomen. Ook valt niet in te zien waarom de huurder hier anders behandeld zou dienen te worden dan de eigenaar.³⁴ (2) In het hiervoor gegeven voorbeeld van de val in de kelder en de latere struikeling over de deурmat geldt als gezegd dat een ruime bandbreedte bestaat van basale en klaarblijkelijk niet-relevant andere schadesituaties. Binnen deze bandbreedte kan het ontstane letsel en de daaruit voortvloeiende toerekenbare schade aanzienlijk uiteenlopen. Welk letsel ontstaat (enkele schrammen, een gebroken voet, of een dwarslaesie) is grotendeels het gevolg van min of meer toevallige, niet vooraf te voorspellen, omstandigheden. Het gegeven dat binnen deze ruime bandbreedte in beginsel aansprakelijkheid bestaat voor schade die is ontstaan op een wijze die afhangt van het min of meer toevallige causale verloop, maakt dat niet goed zou zijn in te zien waarom voor de schade vanwege de struikeling over de deурmat niet in beginsel aansprakelijkheid zou bestaan.

32 Vgl. HR 3 oktober 2014, *NJ* 2014/429 (*Swinkels/Saint-Gobain*).

33 Deze laatste formulering ontleen ik aan Snijders 1992, p. 18.

34 Zie bijvoorbeeld: HR 4 maart 1955, *NJ* 1955/301 (*Friesland/Salverda*) en HR 25 april 2008, *NJ* 2008/262 (*Frieslandhal*).

Deze twee casus maken duidelijk dat de schadesituaties die zouden kunnen ontstaan ten gevolge van een normschendende gedraging en waar wél aansprakelijkheid voor de schade zou bestaan op grond van de met die norm beoogde bescherming, als het ware normatief gewicht in de schaal leggen bij de beoordeling of aansprakelijkheid dient te bestaan voor de schade zoals daadwerkelijk door de schending van die norm is veroorzaakt. Indien de door de normschendende gedraging veroorzaakte schadesituatie lijkt op de schadesituaties waarin op grond van het doel van de norm de schade kan worden toegerekend, moet men met goede redenen komen om te kunnen uitleggen waarom het vereiste normatieve verband ontbreekt. Andersom geldt dat indien de door de normschendende gedraging veroorzaakte schadesituatie volkomen anders is dan de schadesituaties waarin op grond van het doel van de norm aansprakelijkheid voor de veroorzaakte schade zou bestaan, uitleg vereist is om het bestaan van een toereikend normatief verband aan te nemen. Door de veroorzaakte schadesituatie te vergelijken met de door de schending van dezelfde norm veroorzaakte schadesituaties waarin wel sprake is van een voldoende normatief verband, wordt de vraag naar de aanwezigheid van dit verband als het ware op scherp gesteld. De vergelijking tussen de schadesituaties waarbij dit verband toereikend is en de veroorzaakte schadesituatie kan plaatsvinden ter zake van het aspect van de persoon van de gelaedeerde, het soort schade en de wijze van ontstaan.

350. Wanneer men de normschendende gedraging en daardoor veroorzaakte schade geïsoleerd beschouwt en in het luchtledige de vraag stelt of voldoende normatief verband tussen de normschendende gedraging en de schade aanwezig is, mist men naar mijn mening het houvast dat de harde kern van het beschermingsbereik van de geschonden norm kan bieden. Het gevaar van het motiveren van het toerekeningsoordeel met moeilijk houdbare rationaliseringën ligt dan op de loer.

Hier wordt duidelijk welk methodologisch voordeel het heeft om te vragen of ‘de schadesituatie in het beschermingsbereik van de geschonden norm ligt’ ten opzichte van het vragen of ‘de geleden schade toerekenbaar is’. Stelt men de eerste vraag, dan zal automatisch gekeken worden naar andere gevallen waarin de schade wel toerekenbaar is. Stelt men de vraag naar toerekenbaarheid van de schade zoals geleden dan bestaat de verleiding tot een geïsoleerde benadering.

351. In hoofdstuk 8 t/m 11 bespreek ik een viertal redenen waarom het normatieve verband tussen de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis en de daardoor veroorzaakte schade onvoldoende is om een verplichting tot vergoeding van de veroorzaakte schade aan te kunnen nemen. Elk van deze redenen blijkt genuanceerd te moeten worden wanneer de veroorzaakte schadesituatie voldoende overeenkomt met schadesituaties waartegen met de geschonden norm duidelijk wel beoogd is te beschermen.³⁵

Een van de te bespreken redenen waarom het normatieve verband ontoereikend kan zijn, is wanneer met de geschonden norm niet beoogd is om te beschermen tegen de schade zoals geleden. Soms echter lijkt de door de normschendende gedraging veroorzaakte schadesituatie waartegen

35 Zie § 8.3, 9.3, 10.3 en 11.3.

met de geschonden norm niet beoogd is te beschermen, zoveel op de schadesituaties waartegen met de geschonden norm wel beoogd is te beschermen, dat het onredelijk zou zijn om de verplichting tot schadevergoeding zich niet tot de veroorzaakte schade te laten uitstrekken.³⁶ In bijvoorbeeld *Cijsouw/De Schelde I*³⁷ werd op een door een werkgever geschonden veiligheidsnorm waarmee werd beoogd tegen asbestose en longkanker te beschermen, aansprakelijkheid gebaseerd voor schade van de werknemer vanwege door de normschending veroorzaakte mesotheliom, terwijl de norm daartegen niet beoogde te beschermen. Het begrenzen van aansprakelijkheid aan de hand van het doel van de geschonden norm zou hier mijns inziens niet redelijk zijn omdat de ingetreden schadesituatie, qua zowel de persoon van de gelaedeerde, het soort schade zoals geleden als de wijze van ontstaan in hoge mate overeenkomt met schadesituaties waartegen met de geschonden norm wel beoogd is te beschermen. De Hoge Raad begreep in deze zaak niet de aansprakelijkheid op de grond dat met de geschonden norm niet beoogd werd te beschermen tegen de schade zoals geleden. Het is hier de harde kern van het beschermingsbereik van de geschonden norm die noopt tot nuancering van de relativiteitseis.

In de situaties van verplaatste schade, die ik in hoofdstuk 15 behandel, ontstaat door een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis schade voor een derde en laat zich tegelijkertijd vaststellen dat als een ander deze schade zou hebben geleden de laedens haar op grond van de met de geschonden norm of de toepasselijke kwalitatieve aansprakelijkheid beoogde bescherming had dienen te vergoeden. In deze situaties van verplaatste schade kan het gegeven dat deze ander tegenover de laedens aanspraak zou hebben gehad op vergoeding van de schade beslissend bijdragen aan de slotsom dat ook de derde aanspraak op schadevergoeding op de laedens dient te hebben.

Het oriëntatiepunt dat de harde kern van het beschermingsbereik van de geschonden norm biedt, is in deze gevallen wezenlijk: het is de gelijkenis met de daarin gelegen schadesituaties die doet uitkomen dat in het voorliggende geval in beginsel aansprakelijkheid voor de veroorzaakte schade dient te bestaan.

352. In het navolgende zal ik het doel van de geschonden norm nader uitwerken voor de door art. 6:162 BW geïmpliceerde rechtsplichten (§ 7.3), voor diverse kwalitatieve aansprakelijkheden (§ 7.4) en voor verplichtingen uit overeenkomst (§ 7.5).

7.3 **Onrechtmatige daad**

7.3.1 *Rechtsinbreuk*

353. De eerste categorie onrechtmatige daden in art. 6:162 BW is de inbreuk op een recht.³⁸ Het is de erkenning van subjectieve rechten door onze rechtsorde die

36 Zie hierover § 8.3.2.

37 HR 25 juni 1993, *NJ* 1993/686 m.nt. P.A. Stein (*Cijsouw/De Schelde I*).

38 De vraag of hier sprake is van de schending van een norm van objectief recht (bijvoorbeeld 'Gij zult geen rechtsinbreuk plegen', eventueel uit te werken in diverse concretisering, zoals 'Gij zult niet doen hetgeen aan een eigenaar van een zaak is voorbehouden') of enkel om (gekwalficeerde) schending van een subjectief recht, laat ik hier rusten. Ziet men deze categorie onrechtmatige daden op de tweede manier, dan ligt voor de hand niet te spreken van het doel van de geschonden norm maar van het doel van het subjectieve recht waarop inbreuk is gemaakt.

een inbreuk op zo'n recht onrechtmatig doet zijn.³⁹ Inbreuk kan worden gemaakt op alle erkende subjectieve persoonlijkheids- en vermogensrechten, met dien verstande dat een tekortkoming in de nakoming van een verbintenis in de zin van art. 6:74 BW niet als rechtsinbreuk geldt. Omdat het te ver zou gaan om elke gedraging die op enig moment tot aantasting van (het voorwerp van) een subjectief recht leidt als onrechtmatig te bestempelen,⁴⁰ is het noodzakelijk om het begrip 'rechtsinbreuk' af te grenzen. In de literatuur zijn over deze begrenzing diverse theorieën ontwikkeld.⁴¹ Deze problematiek kan hier echter buiten beschouwing blijven, omdat de met een subjectief recht beoogde bescherming niet afhangt van welke theorie men over de nadere invulling en begrenzing van het begrip rechtsinbreuk aanhangt.

354. De persoon die door een subjectief recht wordt beschermd is steeds de recht-hebbende. De rechtsorde geeft met het subjectieve recht immers de rechthebbende een bepaalde bevoegdheid teneinde zijn belang te dienen.⁴²

In het geval van verplaatste schade kunnen naar ik meen ook andere personen dan de rechthebbende op grond van de rechtsinbreuk aanspraak hebben tot schadevergoeding. Ik bespreek dit in hoofdstuk 15 nader.⁴³

In het algemeen laat zich niet goed zeggen tegen welke soort schade en tegen welke wijze van ontstaan van schade een subjectief recht beoogt te beschermen. Het antwoord op deze vraag hangt af van het subjectieve recht waarop inbreuk is gemaakt. Steeds dient aan de hand van het concrete recht waarop inbreuk is gemaakt, bepaald te worden wat het doel van het recht is en wat de basale en klaarblijkelijk niet-relevant andere schadesituaties zijn.

In bijvoorbeeld het geval van een inbreuk op een eigendomsrecht laten zich verschillende soorten schade denken: (i) kosten voor het opheffen van de inbreuk, (ii) kosten voor herstel van het voorwerp van het recht en (iii) geleden verlies of gederfde inkomsten vanwege het niet hebben van het (ongestoord) genot van het recht.⁴⁴

De inbreuk op het eigendomsrecht maakt dat een voldoende normatief verband bestaat met de kosten van het opheffen van de inbreuk. Dit volgt dadelijk uit de erkenning van het subjectieve eigendomsrecht: hiermee is een sfeer gecreëerd waaruit anderen dienen weg te blijven.⁴⁵ De begrenzing van het begrip rechtsinbreuk speelt hier wel een belangrijke rol. Met name wanneer op een meer indirecte wijze aantasting van het voorwerp van een recht plaatsvindt, behoeft geen

39 Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015, nr. 47.

40 Vgl. Parl. Gesch. Boek 6, p. 614 (T.M.).

41 Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015, nr. 47; Hartlief e.a. 2018 (Lindenbergh) 2018), nr. 35 e.v.; Verheul 2018, p. 851 e.v.; en Jansen 2012, p. 353 e.v.

42 Meijers 1948, p. 86.

43 De Hoge Raad heeft in HR 14 maart 1958, *NJ* 1961/570 (*Spitfire*) – mijns inziens te categorisch – geoordeeld dat over een inbreuk op een subjectief recht alleen kan worden geklaagd door een drager van dat recht. In HR 26 mei 2000, *NJ* 2000/671 m.nt. D.W.F. Verkade (*Cassina/Jacobs Meubelen*) lijkt hij meer ruimte te laten voor een aanspraak op grond van schending van een subjectief recht van een ander; zie nader nr. 685.

44 Zie voor enkele gevallen waarin het eigendomsrecht niet duidelijk maakt tot hoever de verplichting tot vergoeding van door de schending van dat recht ontstane schade reikt, het in nr. 341 weergegeven voorbeeld van Bloembergen.

45 Waar het gaat om de kosten van het opheffen van de rechtsinbreuk sluit dat ook aan bij art. 3:299 lid 2 BW. Ook hier zijn nuances mogelijk: in HR 18 september 1998, *NJ* 1999/69 m.nt. A.R. Bloembergen (*Luyckx/Bastiaansen*) oordeelde de Hoge Raad dat de aanspraak op vergoeding van reinigingskosten wordt begrensd door de hoogte van de exploitatieschade die zonder reiniging zou worden geleden.

sprake te zijn van een rechtsinbreuk, zodat op deze grond de kosten voor het opheffen van de inbreuk niet vergoed behoeven te worden.⁴⁶ Degene die bijvoorbeeld onkruid laat groeien op zijn perceel, terwijl de zaden van dat onkruid op een naburig perceel waaien, maakt in beginsel geen inbreuk op het recht van de eigenaar van dat naburige perceel, waardoor de kosten van het verwijderen van die zaden of dat onkruid niet op grond van een rechtsinbreuk behoeven te worden vergoed.⁴⁷

Wanneer bij een inbreuk op een eigendomsrecht het voorwerp van het recht wordt aangetast, bestaat ook een voldoende normatief verband met de waardevermindering c.q. de kosten van herstel van het voorwerp van het recht en kan deze schade dus worden toegerekend. In die gevallen waarin de aantasting van het voorwerp van het eigendomsrecht geldt als een onrechtmatige rechtsinbreuk, zou daarmee naar mijn mening niet verenigbaar zijn om geen aanspraak op vergoeding van de schade die bestaat uit deze aantasting aan te nemen. Illustratief is in dit verband de zaak *Unocal/Conoco*.⁴⁸ Oliemaatschappij Conoco onttrekt olie aan een gebied waarop oliemaatschappij Unocal het exclusieve recht heeft om olie te winnen. Naar het oordeel van de Hoge Raad pleegt Conoco aldus een rechtsinbreuk op dat subjectieve recht van Unocal. De schade van Unocal ten gevolge van deze rechtsinbreuk bestaat uit het verlies van de waarde van die olie (minus voor de winning en verkoop te maken kosten). Voor deze schade dient mijns inziens (in cassatie is dit aspect niet aan de orde gekomen) vanwege Conoco's rechtsinbreuk in beginsel aansprakelijkheid te bestaan en dus te worden toegerekend. De schade ten gevolge van de rechtsinbreuk die bestaat uit het weggenomen zijn van het object van het subjectieve recht is een basale schadesituatie. Ook hier geldt dat de grenzen aan het begrip rechtsinbreuk een belangrijke beperking vormen van de mogelijkheid om met behulp van deze onrechtmatigheidscategorie aanspraak te maken op schadevergoeding: lang niet elke handeling die een aantasting van het voorwerp van het recht tot gevolg heeft geldt immers als rechtsinbreuk.

Onder omstandigheden kan de erkenning van een subjectief recht maken dat geconcludeerd dient te worden dat een toereikend normatief verband bestaat met schade die ontstaat vanwege het niet hebben van het (ongestoord) genot van het recht. Te denken valt aan derdenbeslag op de rekening-courant van een vermeende schuldenaar. Wanneer de beslaglegger geen aanspraak jegens de vermeende schuldenaar heeft, wordt met deze beslaglegging inbreuk gemaakt op een subjectief recht van de vermeend schuldenaar jegens zijn bank. Indien de vermeend schuldenaar aantoonbaar dat hij zonder het beslag het vermogen zou hebben aangewend om bepaalde inkomsten te genereren, ligt mijns inziens voor de hand dat tussen de rechtsinbreuk en de schade een toereikend normatief verband bestaat en die schade dus in beginsel dient te worden vergoed.

355. In allerlei gevallen kan een door de laedens gepleegde rechtsinbreuk samenfallen met de schending door de laedens van een wettelijke norm of met hetgeen op grond van ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. De met zo'n geschreven of ongeschreven norm beoogde bescherming kan duidelijker gericht zijn op het voorkomen van de schade zoals geleden waardoor de norm-

46 Onder omstandigheden kan, ook al is geen sprake van een rechtsinbreuk, wel een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm verplichten om een in feitelijke zin inbreuk makende toestand op te heffen, zie bijvoorbeeld: HR 7 mei 1982, *NJ* 1983/478 m.nt. C.J.H. Brunner (*Trechsel/Lameris*) en HR 4 november 1988, *NJ* 1989/854 m.nt. C.J.H. Brunner (*Schols/Heijnen*).

47 HR 3 mei 1991, *NJ* 1991/476 (*De Jong/Van Tol*).

48 HR 14 oktober 2005, *NJ* 2007/270 (*Unocal/Conoco*).

schending een andere, duidelijker, basis biedt voor de aansprakelijkheid van de door zowel de rechtsinbreuk als de normschending veroorzaakte schade.

7.3.2 *Schending wettelijke plicht*

356. De tweede categorie onrechtmatige daden in art. 6:162 BW is het doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht. Indien op schending van een wettelijke plicht een aanspraak op schadevergoeding kan worden gebaseerd, komt de vraag voor welke veroorzaakte schade in beginsel aansprakelijkheid bestaat in beeld. Het beschermingsdoel van de wettelijke plicht en de basale en klaarblijkelijk niet-relevant andere schadesituaties dienen steeds te worden bepaald aan de hand van de norm tegen de achtergrond van de wet waarin de norm is opgenomen. Welke personen en tegen welke soort van schade en wijze van ontstaan beschermd is, laat zich in zijn algemeenheid niet zeggen.

357. Ook hier is samenloop met hetgeen op grond van ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt goed mogelijk. Waar de wettelijke plicht voor een groot aantal gevallen geldt, kan de ongeschreven norm specifiek op de situatie zijn toegesneden en daarom een duidelijker basis bieden voor de aansprakelijkheid voor schade die door de schending van zowel de wettelijke als de ongeschreven norm veroorzaakt is.

7.3.3 *Schending van een norm van ongeschreven recht*

358. De derde categorie onrechtmatige daden in art. 6:162 BW is het doen of nalaten in strijd met hetgeen volgens het ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. Of van dergelijk handelen sprake is, hangt in abstracto daarvan af of de laedens anders heeft gehandeld dan hij had moeten doen teneinde geen schade toe te brengen aan een bepaald belang van een ander dat hij had behoren te ontzien.⁴⁹ Het ongeschreven recht kan alleen dan tot een verplichting leiden, indien men voorziet of behoort te voorzien dat een bepaalde gedraging het belang van een ander of van anderen kan schaden. Ontbreekt deze voorzienbaarheid, dan is men op grond van het ongeschreven recht niet gehouden tot aanpassing van gedrag.⁵⁰

359. Het doel van ongeschreven normen van maatschappelijke betamelijkheid is met het voorgaande gegeven: het beschermen tegen het gevaar met het oog waarop men zich van bepaald gedrag dient te onthouden dan wel zich op bepaalde

49 HR 30 september 1994, NJ 1996/196 m.nt. C.J.H. Brunner (*Staat/Shell*), rov. 3.8.4.

50 Nieuwenhuis 1997a, p. 14 schreef treffend: "Het betreft plichten die daarom ook zonder voorafgaande publicatie kunnen worden opgelegd omdat iedereen op zijn vingers kan natellen dat ze bestaan. Hier dient echter ook de grens te worden getrokken." In deze zin ook: Tjong Tjin Tai 2006, p. 148; Jansen 2012, p. 367. Ik volg hierbij niet de 'objectieve' opvatting van Sieburgh 2000, p. 93 waarin de kennis over mogelijke gevaren op basis waarvan de onrechtmatigheid van het gedrag dient te worden beoordeeld méér omvat dan hetgeen de laedens over die gevaren wist of behoorde te weten en waarbij de subjectieve wetenschap van de laedens niet relevant is. Zie over deze opvatting mijns inziens terecht kritisch Van Boom 2001, p. 340 en Du Perron 2001, p. 228.

wijze dient te gedragen.⁵¹ Het gevaar waartegen met de norm beoogd wordt te beschermen is een gevaar in abstracto.⁵² Op het moment dat de aanwezigheid van een gevaar een concrete gedragsnorm doet gelden, hoeft niet bekend te zijn of de schending van deze gedragsnorm tot gevolg zal hebben dat het gevaar zich verwezenlijkt. Ook hoeft op dat moment niet bekend te zijn op welke wijze precies het gevaar zich door de schending van de gedragsnorm zal verwezenlijken. Weinrib heeft hierover treffend geschreven:

“Because it refers to the possibility of harm, the risk [het gevaar waartegen beoogd wordt te beschermen] does not include all the specific attributes of circumstance and person that qualify any actual harm. Risk (...) refers generally to a class of persons that it might affect, a kind of injury that might result, and a type of mechanism by which the injury might come to pass.”⁵³

Het gevaar in abstracto laat zich nader specificeren aan de hand van de door Weinrib genoemde elementen: de personen die aan het gevaar kunnen worden blootgesteld, het soort van schade dat zou kunnen ontstaan en het soort mechanisme waardoor de schade zou kunnen ontstaan.

Jansen spreekt in het kader van het kennisvereiste bij gevaarstelling van ‘generalisering’ om het verschijnsel aan te duiden dat voor het antwoord op de vraag of de laedens zich aan een zorgvuldigheidsnorm had dienen te houden, niet van belang is of hij de concrete schade zoals deze zich heeft verwezenlijkt voorzag of behoorde te voorzien.⁵⁴ De term generalisering acht ik minder gelukkig. Bij de vraag of iemand zich aan een zorgvuldigheidsnorm dient te houden generaliseert men doorgaans namelijk niet: men redeneert doorgaans niet vanuit het concrete naar het algemene; men werkt doorgaans niet van kennis over concrete gevolgen naar kennis over meer algemene gevolgen. Voor het gelden van een concrete zorgvuldigheidsnorm is beslissend dat iemand een gevaar kan voorzien van dien aard dat hij rechtens maatregelen moet nemen om te voorkomen dat het gevaar zich verwezenlijkt.⁵⁵ Dit gevaar is in veel gevallen naar zijn aard tot op zekere hoogte abstract: in veel gevallen weet de laedens niet van tevoren of het gevaar zich zal verwezenlijken, wie het zal treffen, op welke manier en welke schade dan precies ontstaat. Om vast te stellen of de vereiste kennis van een tot op zekere hoogte abstract gevaar bestaat, hoeft niet gegeneraliseerd te worden. De term generalisering geeft dus niet het verschijnsel weer dat hier bij de toepassing van zorgvuldigheidsnormen speelt. Daarnaast kan deze term ook tot verwarring aanleiding geven. Jansen gebruikt deze term namelijk ook voor het verschijnsel dat een zorgvuldigheidsnorm bestaat omdat gevaar A voorzienbaar is, maar zich ten gevolge van de schending van die norm gevaar B verwezenlijkt en men door een gegeneraliseerde beschrijving van gevaar A te geven kan zeggen dat de veroorzaakte schade geldt als verwezenlijking van het voorzienbare gevaar. In § 8.3.2 zal ik op dit verschijnsel ingaan.

51 Men kan zich overigens afvragen of normen van ongeschreven recht wel steeds tegen de verwezenlijking van een ‘gevaar’ beogen te beschermen. Tjong Tjin Tai 2006, p. 152 e.v. maakt bijvoorbeeld onderscheid tussen de situatie waarin zo’n norm tegen een gevaar beschermt en de situatie waarin met de norm beoogd is te beschermen tegen het direct toebrengen van schade. Omdat in wezen nimmer volstrekt zeker is of ten gevolge van de normschending schade zal optreden, bestaat mijns inziens geen bezwaar om steeds te denken in termen van een gevaar waartegen met de norm beoogd is te beschermen.

52 Tjong Tjin Tai 2005, p. 365 en Jansen 2012, p. 370.

53 Weinrib 2012, p. 164, 165.

54 Jansen 2012, p. 370 en Jansen 2006a, p. 19.

55 Het onderscheid dat Jansen 2012, p. 368, 369 maakt tussen kennis van het in abstracto bestaande risico en ook de in concreto dreigende verwezenlijking daarvan acht ik weinig verhelderend. De kennis over een gevaar die maakt dat iemand zich aan een concrete zorgvuldigheidsnorm dient te houden, is steeds niet volledig abstract of volledig concreet maar houdt daartussen het midden.

360. De vraag of met de geschonden norm beoogd is te beschermen tegen de schade zoals geleden, dient hierom te worden beantwoord door te toetsen of de schade zoals geleden kan gelden als de verwezenlijking van het in abstracto bestaande gevaar tegen verwezenlijking waarvan de norm beoogd te beschermen.

De mate van abstractie van het voorzienbare gevaar kan van geval tot geval aanzienlijk uiteenlopen. In het geval van fysieke gevaren voor personen of zaken kan een geringe kans op schade al meebrengen dat men zich zodanig dient te gedragen dat dit gevaar geëlimineerd wordt of substantieel verkleind. Het gevaar tegen verwezenlijking waarvan met een norm beoogd wordt te beschermen kan hierdoor behoorlijk abstract zijn waardoor, als het gevaar zich realiseert, dat op allerlei vooraf niet te voorziene manieren kan gebeuren.

Te denken valt aan het gevaar in *Dorpshuis Kamerik*⁵⁶ dat ontstond doordat een schoonmaakster een emmertje met een bij haar onbekende inhoud, dat zij had aangetroffen in een berging, ingepakt in een doos ter medeneming door de vuilphaaldienst buiten had geplaatst. Het gevaar dat maakte dat een norm werd geschonden was hier behoorlijk abstract: een emmertje met mogelijk gevaarlijke inhoud wordt ingepakt in een doos voor korte tijd als mee te nemen afval buiten geplaatst.

Normen die beogen te beschermen tegen zuivere vermogensschade hebben doorgaans een concreter gevaar op het oog. Het recht beschermt in het algemeen in veel mindere mate – en in allerlei gevallen zelfs in het geheel niet – ertegen dat dergelijke schade wordt toegebracht. Voor het bestaan van een norm is veelal vereist, maar overigens niet voldoende, dat een duidelijk gevaar van het intreden van zuivere vermogensschade bestaat en de kans op de verwezenlijking behoorlijk is.

Te denken valt aan het in nr. 50 besproken *Haagsche Post/Ligterink*⁵⁷ waarin bewust foutieve, alarmerende berichten over het beleid van een beursgenoteerde N.V. in het tijdschrift de *Haagsche Post* werden geplaatst. In deze casus is het gevaar met het oog waarop men anders dient te handelen concreter dan in *Dorpshuis Kamerik*. Het ligt namelijk nogal voor de hand dat aandeelhouders in de beursgenoteerde N.V. door de alarmerende berichten koersschade zullen lijden doordat zij de aandelen in deze vennootschap zullen verkopen. Aanmerkelijk minder duidelijk is op welke wijze een emmertje met mogelijk enigszins gevaarlijke inhoud, ingepakt in een doos, en ter medeneming door de vuilphaaldienst buiten had geplaatst, precies tot schade zou kunnen leiden.

361. De schade zoals geleden beantwoordt aan het doel van de geschonden norm indien en voor zover deze schade geldt als de verwezenlijking van het gevaar in abstracto. Wanneer dat zich laat vaststellen, doet het voor de aanwezigheid van een toereikend normatief verband niet meer ter zake of de laedens de concrete wijze waarop het gevaar zich heeft verwezenlijkt heeft voorzien of had behoren te voorzien. Dit betekent niet dat de wijze waarop de schade is ontstaan voor de aansprakelijkheid en de toerekenbaarheid van de schade niet meer relevant is. Evenmin betekent dit dat slechts beoordeeld dient te worden of de schade van het

56 HR 8 januari 1982, NJ 1982/614 m.nt. C.J.H. Brunner (*Dorpshuis Kamerik*).

57 HR 3 februari 1927, NJ 1927/636 m.nt. E.M. Meijers (*Haagsche Post/Ligterink*).

soort is waartegen met de norm beoogd is te beschermen. Uit de concrete wijze waarop de schade is ontstaan, kan namelijk volgen dat de schade niet geldt als een verwezenlijking van het gevaar waartegen met de norm beoogd wordt te beschermen.

Ik geef twee voorbeelden. (1) Als bijvoorbeeld ten onrechte niet voor een openstaand kelderluik wordt gewaarschuwd, en iemand op de rand van het luik in een uit de vloer omhoogstekende spijker stapt, terwijl dat niet zou zijn gebeurd indien wel was gewaarschuwd, dan is degene die ten onrechte niet waarschuwd mijns inziens niet voor het letsel dat de spijker heeft toegebracht aansprakelijk. Hier maakt het dus uit hoe het letsel is toegebracht, en dat komt omdat zich hier niet het gevaar heeft verwezenlijkt met het oog waarop gewaarschuwd had dienen te worden. Steeds dient ook getoetst te worden aan, wat Weinrib noemt, het mechanisme waarmee de schade teweeg wordt gebracht. Het kan gaan om subtiele verschillen. (2) Degene die zijn auto in de stad met de sleutels in het slot parkeert, handelt onrechtmatig jegens degenen die slachtoffer worden van een aanrijding door een *joyrider*.⁵⁸ Mogelijk is dat zo'n aanrijding ontstaat doordat de *joyrider* van achteren wordt aangerezen en als gevolg daarvan met de voor hem staande auto in aanrijding komt.⁵⁹ Goed verdedigbaar lijkt mij dat dergelijke schade niet aan degene die zijn auto met sleutel op onrechtmatige wijze had achtergelaten kan worden toegerekend omdat de *joyrider* het risico op een dergelijk ongeval niet heeft vergroot en dat ongeval evengoed zou hebben plaatsgevonden als de *joyrider* wel bevoegd zou zijn geweest om de auto te besturen.

7.4 Kwalitatieve aansprakelijkheid

362. Geen reden bestaat om in het geval van kwalitatieve aansprakelijkheid in het algemeen hogere eisen te stellen aan het vereiste normatieve verband dan in het geval van aansprakelijkheid op grond van een gepleegde onrechtmatige daad. De hanteerbaarheid en consistentie in het recht zijn er – integendeel – mee gediend de reikwijdte van aansprakelijkheid voor beide situaties volgens eenzelfde methode vast te stellen.⁶⁰ Hiervan uitgaande geldt het volgende ten aanzien van het doel van de kwalitatieve aansprakelijkheden voor personen, opstallen, roerende zaken en dieren.

Kwalitatieve aansprakelijkheid voor personen

363. In het geval van kwalitatieve aansprakelijkheid voor kinderen (art. 6:169 BW), ondergeschikten (art. 6:170 BW), niet-ondergeschikten (art. 6:171 BW) en vertegenwoordigers (art. 6:172 BW) is steeds sprake van een onrechtmatige daad van een ander: namelijk het kind,⁶¹ de (niet-)ondergeschikte of de vertegenwoordiger. Mijns inziens geldt hier dat het doel van deze kwalitatieve aansprakelijkheden is het beschermen tegen dezelfde schade als waartegen met de norm die

58 HR 2 december 1966, NJ 1967/42 m.nr. G.J. Scholten (*Haringsstalletje*).

59 Zie ook § 7.3.

60 Zie hierover § 4.5.3.

61 Met dien verstande dat het voor een kind dat de leeftijd van veertien jaren nog niet heeft bereikt gaat om een gedraging die als een onrechtmatige daad zou kunnen worden toegerekend als zijn leeftijd daaraan niet in de weg zou staan (art. 6:169 BW). Hier kan het gaan om een onrechtmatige daad van het kind die in de feitelijke situatie niet kan worden toegerekend, maar ook om een hypothetische onrechtmatige daad van het kind. Zie hierover: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015, nr. 177.

wordt geschonden door het kind, de (niet-)ondergeschikte respectievelijk de vertegenwoordiger beoogd is te beschermen. De schade die in een toereikend normatief verband staat tot de normschendende gedraging op grond van het beschermingsdoel van de door degene waarvoor kwalitatieve aansprakelijkheid bestaat geschonden norm, staat om deze reden mijns inziens ook in een toereikend normatief verband ten opzichte van de gebeurtenis die kwalitatief aansprakelijk maakte.⁶²

Kwalitatieve aansprakelijkheid voor roerende zaken en opstallen

364. Op grond van art. 6:173 BW is de bezitter van een roerende zaak in beginsel aansprakelijk als bekend is dat de zaak, zo zij niet voldoet aan de eisen die men in de gegeven omstandigheden aan de zaak mag stellen, een bijzonder gevaar voor personen of zaken oplevert en dat gevaar zich verwezenlijkt. Op grond van art. 6:174 BW is de bezitter van een opstal die niet voldoet aan de eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden mag stellen, en daardoor gevaar voor personen of zaken oplevert, in beginsel aansprakelijk indien dit gevaar zich verwezenlijkt.

Blijkens de formulering van deze wetsbepalingen is het doel van deze kwalitatieve aansprakelijkheden het beschermen tegen het (bijzondere) gevaar voor personen of zaken dat bestaat vanwege de gebrekkigheid van de roerende zaak of de opstal.⁶³ Welk (bijzonder) gevaar is dat? Het gaat naar ik meen om het (bijzondere) gevaar voor personen of zaken dat de eisen die in de gegeven omstandigheden aan de roerende zaak of de opstal mogen worden gesteld, beogen te elimineren of beperken. Het gaat, net als bij ongeschreven normen van maatschappelijke zorgvuldigheid die gelden in gevaarzettingcasus,⁶⁴ om het gevaar waarop een dermate grote kans bestaat dat het als onaanvaardbaar wordt bestempeld en eisen aan de roerende zaak of de opstal worden gesteld om te voorkomen dat het gevaar aanwezig is.

De Hoge Raad heeft ook geoordeeld dat het bij de beoordeling van de gebrekkigheid van een opstal aankomt op “*de – naar objectieve maatstaven te beantwoorden – vraag of de opstal, gelet op het te verwachten gebruik of de bestemming daarvan, met het oog op voorkoming van gevaar voor personen en zaken deugdelijk is, waarbij ook van belang is hoe groot de kans op verwezenlijking van het gevaar is en welke onderhouds- en veiligheidsmaatregelen mogelijk en redelijkerwijs te vergen zijn*”⁶⁵ (rov. 4.4.4). In *Vennemans/Nijmegen* heeft de Hoge Raad geoordeeld dat deze maatstaven “*overeen[komen] met de ‘kelderluikcriteria*”.⁶⁶

Het (bijzondere) gevaar waartegen de kwalitatieve aansprakelijkheden voor roerende zaken en opstallen beogen te beschermen, laat zich in het concrete geval op dezelfde manier specificeren als bij gevaarzetting: welke personen worden aan

62 In nr. 236 worden per kwalitatieve aansprakelijkheid voor deze personen argumenten gegeven waarom meer beperkte toerekening bij de kwalitatieve aansprakelijkheid zich niet laat rechtvaardigen.

63 Men kan er nog over twisten of sprake is van onrechtmatigheid als een zaak niet voldoet aan de daaraan in de gegeven omstandigheden te stellen eisen, zie hierover bijvoorbeeld Sieburgh 2000, p. 189 t/m 192. Hier wordt dat verder in het midden gelaten.

64 Zie nr. 358 e.v.

65 HR 17 december 2010, NJ 2012/155 m.nt. T. Hartlief (*Hoogheemraadschap Amstel/Ronde Venen*).

66 HR 7 oktober 2016, NJ 2017/73 m.nt. J. Spier (*Vennemans/Nijmegen*), rov. 3.5.3.

het gevaar blootgesteld, wat is het soort schade dat voor deze personen zou kunnen ontstaan en door middel van welk mechanisme zou deze schade kunnen intreden?

In de zaak *Amercentrale*⁶⁷ lag de vraag voor of de eigenaar van een opslagtank van stookolie, op grond van art. 1405 (oud) BW, aansprakelijk was voor de olieverontreiniging van water en land ten gevolge van het plotseling openscheuren van de tank. Het hof beantwoordde deze vraag bevestigend. De Hoge Raad sanctioneerde dat toerekeningsoordeel met de motivering dat “*olieverontreiniging van water en land behoort tot de typische gevolgen welke van de instorting van een olietank zijn te verwachten*”. Bij de beoordeling van de toerekenbaarheid van de schade in het geval waarin art. 6:174 BW de grondslag voor de aansprakelijkheid zou geven, ligt mijns inziens voor de hand dat aan de met olie gevulde opstal de eis wordt gesteld dat deze intact blijft mede vanwege het voorzienbare gevolg van de verontreiniging van de omgeving met olie. De toerekening van de schade die het gevolg is van de omstandigheid die kwalitatief aansprakelijk maakt, laat zich dan motiveren door erop te wijzen dat de schade geldt als de verwezenlijking van het gevaar waartegen de kwalitatieve aansprakelijkheid beoogde te beschermen.

Kwalitatieve aansprakelijkheid voor dieren

365. Op grond van art. 6:179 BW is de bezitter van een dier aansprakelijk voor de door het dier aangerichte schade, tenzij aansprakelijkheid op grond van afdeling 6.3.1 BW zou hebben ontbroken indien de bezitter de gedraging van het dier waardoor de schade werd toegebracht in zijn macht zou hebben gehad. De grondslag van deze aansprakelijkheid moet volgens de Hoge Raad worden gezocht in het gevaar dat schuilt in de eigen energie van het dier en het onberekenbare element dat in die energie ligt opgesloten.⁶⁸

Bij de bepaling van het doel van deze kwalitatieve aansprakelijkheid kan worden aangeknoopt bij de gedragsnormen die gelden voor de bezitter van een dier waarnaar de tenzij-clausule verwijst. Het doel van de kwalitatieve aansprakelijkheid is te beschermen tegen die schade waartegen, indien de bezitter de gedraging van het dier in de hand zou hebben gehad, de dan geldende gedragsnormen beogen te beschermen. Waar het gaat om gedragsnormen van ongeschreven recht, is dat het voorzienbare gevaar met het oog waarop de gedragsnorm geldt. Op het uitgangspunt dat met de kwalitatieve aansprakelijkheid voor dieren beoogd is te beschermen tegen de schade waartegen de gedragsnormen die gelden ingeval de bezitter de gedraging van het dier in de hand zou hebben, geldt wel een beperking. Slechts voor zover met deze gedragsnormen beoogd is te beschermen tegen de verwezenlijking van het gevaar dat schuilt in de eigen energie van het dier en het onberekenbare element dat in die energie ligt opgesloten, kan het doel van die normen ook gelden als het doel van de kwalitatieve aansprakelijkheid.

67 HR 13 juni 1975, NJ 1975/509 m.nt. G.J. Scholten (*Amercentrale*).

68 HR 24 februari 1984, NJ 1984/415 m.nt. W.C.L. van der Grinten (*Bardoel/Swinkels*).

7.5 Wanprestatie

7.5.1 Inleiding

366. Terwijl de normen in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht doorgaans handhaving en bescherming van de *status quo* tot doel hebben,⁶⁹ wordt met normen die uit een overeenkomst voortvloeien doorgaans beoogd om de positie van de schuldeiser ten opzichte van de *status quo* te verbeteren.⁷⁰

Dit geldt overigens niet altijd. Enerzijds bestaan ook in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht normen die verplichten tot een doen en die gericht zijn op het verbeteren van de positie van een ander.⁷¹ Anderzijds kunnen uit een overeenkomst verplichtingen voortvloeien die tot doel hebben het voorkomen dat de wederpartij in een slechtere positie geraakt dan de *status quo* of tot doel hebben dat in een verbeterde positie niet een verslechtering optreedt.⁷²

De door art. 6:74 BW geboden schadevergoedingsremedie in het geval van een tekortkoming in de nakoming van een verplichting uit overeenkomst, is hierom in het algemeen niet gericht op herstel van de *status quo* maar op het alsnog verkrijgen van deze verbeterde positie.⁷³ Welke personen beogen contractuele normen te beschermen en tegen welke soort schade en welke wijze van ontstaan?

367. In § 5.2 heb ik betoogd dat uit de functie van het contractenrecht voortvloeit dat – ongeacht de met de contractuele verplichting beoogde bescherming – in beginsel slechts de schuldeiser aanspraak kan maken op nakoming van de verplichting en op schadevergoeding in het geval van een tekortkoming in de nakoming. In het algemeen zal de schuldeiser eveneens de persoon zijn die met een contractuele verplichting beoogd wordt te beschermen.⁷⁴

Net zoals bij een rechtsinbreuk onder omstandigheden ook personen die niet beschikken over het recht waarop inbreuk is gemaakt, aanspraak kunnen hebben op schadevergoeding (zie nr. 354), kan in het geval van verplaatste schade mijns ziens ook degene naar wie de schade zich heeft verplaatst op grond van de wanprestatie aanspraak hebben tot schadevergoeding. In hoofdstuk 15 werk ik dat nader uit.

Ter zake van de vraag tegen welke soort schade en welke wijzen van ontstaan van de schade contractuele verplichtingen bescherming bieden, is ons recht nauwelijks ontwikkeld. Om deze reden is het nodig enige theorie op te bouwen en enkele onderscheidingen te maken. In het navolgende werk ik het beschermings-

69 Vgl. Slagter 1952, p. 188; Hartlief 1997, p. 15.

70 Vgl. Krans 1999, p. 35, 36.

71 Te denken valt aan situaties van zuiver nalaten waarin het enkele bewust zijn van een ernstig gevaar voor een ander een verplichting kan meebrengen om de ander voor de verwezenlijking van dat gevaar te behoeden en daarmee de positie van diegene ten opzichte van de *status quo* te verbeteren, zie bijvoorbeeld: HR 22 november 1974, NJ 1975/149 m.nt. G.J. Scholten (*Heddema/De Coninck*).

72 Voorbeelden van deze verplichtingen komen aan de orde in § 7.5.5.

73 Vgl. Unberath 2007, p. 288, “*Das Ziel der Haftung ist vom Zweck der Leistung abgeleitet*” en Lindenbergh 2014, nr. 6 die sprak van “*het alsnog bewerkstelligen van die wijzigingen in de status-quo waar het rechtssubject krachtens de bestaande rechtsverhouding aanspraak op had*”. Art. 6:74 BW spreekt overigens niet van een verplichting maar van een verbintenis uit overeenkomst; ik zal hier de meer flexibele term verplichting hanteren.

74 Zie nr. 256 voor een casus waarin dit anders ligt.

doel van contractuele verplichtingen verder uit. Allereerst voor de kosten voor het verkrijgen van een vervangende prestatie (§ 7.5.2) en vervolgens voor gevolgschade die ontstaat door de tekortkoming in de nakoming (§ 7.5.3 t/m § 7.5.5).

7.5.2 *Kosten van een vervangende prestatie*

368. De overeenkomst geeft de schuldeiser recht op de overeengekomen prestatie. Het risico dat na het sluiten, maar voor de uitvoering van de overeenkomst die prestatie een grotere waarde krijgt of dat zij voor de schuldenaar minder eenvoudig te leveren is, ligt in beginsel bij de schuldenaar. De schuldenaar dient in beginsel immers de verplichting na te komen. Dit raakt aan de essentie van de overeenkomst: de schuldenaar heeft zich tot een zekere prestatie verplicht en partijen hebben daarmee risico's verdeeld.

Het beschermingsdoel van een contractuele verplichting is aldus in de eerste plaats de schuldeiser te beschermen tegen het moeten maken van hogere kosten om dezelfde prestatie te verkrijgen. In het geval de schuldenaar toerekenbaar de verschuldigde prestatie geheel of ten dele niet levert en de schuldeiser (het ontbrekende deel van) de prestatie elders betreft, dan volgt daaruit dat een toereikend normatief verband bestaat tussen de wanprestatie en deze kosten.⁷⁵ Voor het bestaan van dit verband doet mijns inziens niet ter zake of de schuldenaar kon voorzien dat de schuldeiser de prestatie elders zou betrekken, de schuldenaar op goede gronden meende dat zulks niet zou gebeuren of dat de kosten van de elders betrokken prestatie onvoorzienbaar hoog zijn.⁷⁶

Illustratief is de Engelse zaak *Wroth v. Tyler*. De verkoper van een woning leverde ten onrechte niet. Na het sluiten van de koopovereenkomst vond op de huizenmarkt een prijsstijging van “*unprecedented magnitude*” plaats. Geoordeeld werd in eerste aanleg dat de koper aanspraak heeft op vergoeding van de schade die bestaat uit het verschil tussen enerzijds de waarde van een vergelijkbare woning op het moment dat uitspraak werd gedaan en anderzijds de koopprijs van de niet-geleverde woning en dat de buitengewone prijsstijging daaraan niet af doet.⁷⁷ Dit oordeel is mijns inziens terecht omdat het beschermingsdoel van de contractuele verplichting tot levering in de eerste plaats is de schuldeiser te beschermen tegen het moeten maken van hogere kosten om dezelfde, althans een vergelijkbare, prestatie te verkrijgen.

In bijzondere omstandigheden, te denken valt aan een werkelijk exorbitante stijging van de waarde van de prestatie, is het mogelijk dat het niet langer redelijk is de schuldenaar te verplichten tot vergoeding van de kosten voor de prestatie.⁷⁸ De begrenzing van de verplichting tot vergoeding van de door de schuldeiser gemaakte kosten om elders de prestatie te verkrijgen wordt, voor zover hier rele-

75 De vraag onder welke omstandigheden voor het bestaan van deze schadevergoedingsaanspraak een omzettingsverklaring van de schuldeiser noodzakelijk is (art. 6:87 BW) laat ik hier buiten beschouwing.

76 Dit sluit aan bij de niet-geconditioneerde mogelijkheid om op grond van art. 3:299 BW een rechterlijke machtiging te vorderen om zelf datgene te bewerken waartoe nakoming zou hebben geleid. Overigens laat dat onverlet dat indien de schuldeiser anders heeft gehandeld dan een redelijk persoon in de gegeven omstandigheden zou doen en daarmee de schade heeft vergroot, dat reden kan zijn voor het beperken van de schadevergoedingsverplichting op grond van art. 6:101 BW.

77 *Wroth v. Tyler* [1974] Ch 30.

78 Vgl. Hofmann/Van Opstall 1976, p. 232.

vant, mijns inziens dan niet gevonden in het vereiste normatieve verband. In de eerste plaats volgt deze begrenzing uit de voor het bestaan van de schadevergoedingsverplichting noodzakelijke toerekenbaarheid van de tekortkoming in de zin van art. 6:74 lid 1 en 6:75 BW: in bijzondere omstandigheden kan de schuldenaar zich op overmacht beroepen, met als gevolg dat hij niet voor het tekortschieten aansprakelijk is.⁷⁹ In de tweede plaats kan de aansprakelijkheid van de schuldenaar voor de kosten van een vervangende prestatie in bijzondere omstandigheden worden begrensd door de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 2 BW) en in het bijzonder door de mogelijkheid van de schuldenaar om de overeenkomst door de rechter te laten wijzigen op grond van onvoorziene omstandigheden van dien aard dat de schuldeiser ongewijzigde instandhouding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet mag verwachten (art. 6:258 BW). Te denken valt aan de situatie waarin de waarde van de over en weer te leveren prestaties door onvoorziene omstandigheden zodanig uiteenloopt dat de rechter de overeenkomst wijzigt zodanig dat de schuldenaar nog slechts een deel van de prestatie behoeft te leveren en daarom ook niet meer gehouden kan zijn tot volledige vergoeding van de kosten die de schuldeiser voor een vervangende prestatie heeft gemaakt.

7.5.3 *Gevolgsschade: inleiding*

369. Naast schade die bestaat uit kosten om elders de prestatie waarop de verbintenis recht gaf te verkrijgen, kan de schuldeiser door het niet (tijdig) verkrijgen van de prestatie schade lijden doordat de schuldeiser niet de voordelen waartoe de prestatie zou leiden heeft kunnen realiseren en/of de schuldeiser de prestatie niet heeft kunnen inzetten ter voorkoming van nadelen.

Om het beschermingsdoel van de verplichting ter zake van deze gevolgsschade vast te stellen is het nodig om – in navolging van art. 6:248 lid 1 BW – onderscheid te maken tussen enerzijds verplichtingen die partijen zijn overeengekomen en anderzijds verplichtingen die voortvloeien uit de wet, de gewoonte of de redelijkheid en billijkheid. Naar ik meen hangt doorgaans de wijze waarop de *inhoud* van een verplichting uit een overeenkomst wordt vastgesteld af van de bron van de verplichting. De inhoud van overeengekomen verplichtingen wordt bepaald door de uitleg van de overeenkomst, in het algemeen aan de hand van de *Haviltex*-maatstaf,⁸⁰ in welk kader de gemeenschappelijke bedoeling van partijen bij de overeenkomst een grote rol speelt. De inhoud van verplichtingen die voortvloeien uit de wet, de gewoonte of de redelijkheid en billijkheid worden bepaald door de uitleg van de wet, vaststelling van de gewoonte respectievelijk van hetgeen redelijkheid en billijkheid meebrengen.

Niet steeds zal dit scherp uit elkaar gehouden kunnen worden, maar als uitgangspunt is dit onderscheid nuttig. Waar bijvoorbeeld een wettelijke bepaling van aanvullend contractenrecht duidede-

⁷⁹ Zie hierover nader Asser/Sieburgh 6-I 2016, nr. 340.

⁸⁰ HR 13 maart 1981, *NJ* 1981/635 m.nt. C.J.H. Brunner (*Haviltex*). Voor de inhoud van de verplichtingen uit overeenkomst is beslissend “de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan een contractsbepaling mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten”.

lijk is, zal men niet naar de *Haviltex*-maatstaf grijpen om vast te stellen wat deze bepaling meebrengt.

Ook de wijze waarop het *doel* van een verplichting uit overeenkomst zich laat vaststellen hangt, zoals ik hierna zal uitwerken, mijns inziens af van de bron van de verplichting.

In het navolgende zal bijvoorbeeld blijken dat hetgeen partijen ten tijde van het aangaan van de overeenkomst beoogden en aan schade konden voorzien, wel van belang is bij de bepaling van het doel van overeengekomen verplichtingen, maar doorgaans niet bij de bepaling van het doel van een verplichting die voortvloeit uit de wet in de zin van art. 6:248 lid 1 BW.

7.5.4 *Gevolgsschade: niet-nakoming van overeengekomen verplichting*

Bepaling welke gevolgsschade beoogd wordt te voorkomen

370. Het beschermingsdoel van een overeengekomen verplichting, laat zich, evenals de inhoud ervan, bepalen door de uitleg van de overeenkomst waarbij de gemeenschappelijke bedoeling van contractspartijen een centrale rol speelt.

Ter bepaling van het doel van een overeengekomen verplichting is, enerzijds, nodig te beschouwen welke voordelen de schuldeiser met de prestatie beoogde te verkrijgen en/of welke nadelen de schuldeiser met de prestatie beoogde te vermijden. Wanneer de schuldeiser immers niet voornemens was de prestatie te gebruiken ter verkrijging van bepaalde voordelen of ter vermindering van bepaalde nadelen, valt niet in te zien waarom dat wel het doel van de verplichting zou zijn. Het vaststellen van de enkele subjectieve bedoeling van de schuldeiser is voor de bepaling van het doel van de verplichting echter niet voldoende. Ook van belang is, anderzijds, of en in welke mate deze bedoeling bij de schuldenaar bekend was dan wel redelijkerwijze bekend had dienen te zijn. Net zoals bij de bepaling van de inhoud van een verplichting uit overeenkomst de bedoelingen en uitingen van partijen op elkaar betrokken dienen te worden, dient bij de bepaling van het doel van de verplichting het perspectief van de schuldeiser en het perspectief van de schuldenaar in samenhang in aanmerking genomen te worden.⁸¹ Aan de hand van het voorgaande kan de *Haviltex*-maatstaf worden toegespitst op de bepaling van het doel van een overeengekomen verplichting. Een werkbare maatstaf is mijns inziens dat het bij de bepaling van dat doel aankomt op hetgeen partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs hebben begrepen en mochten begrijpen over de voordelen die de schuldeiser met de prestatie beoogde te verkrijgen en/of de nadelen die de schuldeiser met de prestatie beoogde te vermijden.

81 Vgl. Xynopoulou 2013, p. 170: “Der Vertragszweck ergibt sich nicht durch die Zusammensetzung der einzelnen subjektiven Zwecke der Parteien. Vertragszweck ist vielmehr der durch beide Parteien vereinbarte und zum Gegenstand des Vertrags gemachte Zweck, der auch in dem Zweck des einen Vertragsteils bestehen kann, der jedoch durch den anderen anerkannt und übernommen worden ist. Dann nimmt er einen objektiven Charakter an.”

Op vergelijkbare wijze diende volgens het driemanschap, blijkens zijn toelichting bij wat tegenwoordig art. 3:40 BW is, de strekking van een rechtshandeling bepaald te worden:⁸² *“De strekking ener rechtshandeling wordt bepaald door de ook voor anderen te voorziene gevolgen en kenbare motieven der rechtshandeling. (...) Bij een overeenkomst moeten de gevolgen aan beide partijen kenbaar zijn; het motief moet dat van beide partijen zijn of het motief van de ene partij moet om als strekking der overeenkomst te kunnen gelden, tenminste ook de wederpartij duidelijk kenbaar zijn. (...) De reden, waarom men de strekking der rechtshandeling niet in zuiver subjectieve zin mag opvatten, is dezelfde als waarom men bij de uitlegging van het door partijen verklaarde moet rekening houden met wat de wederpartij als bedoeld mocht aannemen.”*⁸³

Op deze manier wordt voor de toetsing van het vereiste normatieve verband en daarmee voor de toerekening van de door een wanprestatie veroorzaakte schade van belang hetgeen partijen bij het aangaan van de overeenkomst konden voorzien.⁸⁴ Op deze manier keert het gedachtegoed van Pothier terug in het kader van de door de geschonden norm beoogde bescherming en daarmee ook bij de schadetoe rekening.⁸⁵

371. Dat de vaststelling van het doel van een overeengekomen verplichting op deze wijze een rationeel en concreet hulpmiddel biedt bij het toetsen of een toereikend normatief verband bestaat tussen een wanprestatie en de daardoor veroorzaakte schade, laat zich door de volgende zaak illustreren.

Een expat verhuurt via een professioneel bemiddelingsbureau zijn woning in Nederland. Anders dan overeengekomen, voert het bemiddelingsbureau geen deugdelijk onderzoek uit naar de financiële positie en geschiedenis van een aspiranthuurder. Nadat de woning aan deze aspiranthuurder is verhuurd, vestigt deze een wietplantage in de woning die grote schade aan de woning toebrengt. Wanneer de expat schadevergoeding van het bemiddelingsbureau vordert, komt vast te staan dat wanneer wel een deugdelijk onderzoek zou zijn uitgevoerd, aan het licht zou zijn gekomen dat de huurder slechts een WAO-uitkering genoot die ruim onvoldoende was om de huur te betalen en daarnaast reeds lange tijd aanzienlijke schulden had. Het causale verband tussen de tekortkoming van het bureau en de schade was daarmee gegeven: op grond van deze gegevens zou de woning niet aan deze persoon zijn verhuurd.

Stond de schade, die in wezen veroorzaakt was door (kompanen van) de huurder, in voldoende normatief verband met de fout van het bemiddelingsbureau? Gerechtshof Arnhem⁸⁶ oordeelde dat deze schade kon worden toegerekend op de grond dat, geparafraseerd, het risico dat een huurder een wietplantage in een woning zou vestigen een bekend en serieus risico was en hierom het beschermingsdoel van de overeengekomen onderzoeksverplichting van het bemiddelingsbureau redelijkerwijs zodanig begrepen dient te worden dat ook beoogd

82 Zie hierover ook Lankhorst 1992b, p. 95, 96.

83 Parl. Gesch. Boek 3, p. 190 (T.M.).

84 Vgl. Kramer 2008, p. 277. “[T]he application of the test of contractual remoteness [i.e. schadetoe rekening] is really a determination (through the usual process of contextual interpretation) of the scope of the responsibility impliedly undertaken by the promisor; (...) no other explanation makes sense of the law either descriptively or as a justification.”

85 Zie over dit gedachtegoed § 2.2.2. In nr. 423 bespreek ik nader dat ook in andere rechtsstelsels dit gedachtegoed wordt gebruikt om het beschermingsbereik van contractuele normen te bepalen.

86 Hof Arnhem 1 maart 2011, *NJF* 2011/188 (*J./Executive Home Rentals*).

werd te beschermen tegen de verwezenlijking van dat risico. Het hof legde aldus eerst de overeenkomst uit om het doel van de verplichting tot het doen van het onderzoek vast te stellen. Vervolgens gebruikte het hof dat doel om de toerekening van veroorzaakte schade te funderen.⁸⁷

De rol van voorzienbaarheid en waarschijnlijkheid van de schade

372. Bij de vaststelling van het doel van de overeengekomen verplichting volgens dit criterium, gaat het ook, maar niet uitsluitend, om de waarschijnlijkheid van schade van de schuldeiser bij het uitblijven van de normconforme prestatie van de schuldenaar.⁸⁸ Enerzijds kan het doel van de norm klaarblijkelijk zijn ook tegen zeer onwaarschijnlijke schade te beschermen.

Een verzekeringsmakelaar krijgt de opdracht een verzekering af te sluiten die dekking biedt in het geval van brand aan een recent gebouwde woning. Indien de verzekeringsmakelaar dat nalaat, is de kans dat hierdoor schade ontstaat, enigszins afhankelijk van de omstandigheden van het geval, gering tot zeer gering. Ondanks deze geringe kans is helder dat met de verplichting juist beoogd is te bewerkstelligen dat degene die de opdracht heeft gegeven in het geval van brand de daardoor veroorzaakte schade op grond van de verzekeringsovereenkomst vergoed krijgt.

Anderzijds kan zelfs een behoorlijke mate van waarschijnlijkheid van bepaalde schade onvoldoende zijn om te concluderen dat met de verplichting beoogd is tegen die schade te beschermen, omdat met de verplichting beoogd werd een ander doel te dienen.

A huurde voor zijn huwelijksfeest een zaal voor 600 gasten. Twee dagen voordat het huwelijk zou plaatsvinden liet de verhuurder weten dat, anders dan overeengekomen, de zaal slechts berekend was op 400 personen. A had te weinig tijd om nog een andere gelegenheid te vinden, en zegde 200 van zijn gasten af. Na het huwelijk berekende A dat elke gast hem door de gegeven huwelijkscadeaus netto € 40 heeft opgeleverd. A vorderde 200 maal € 40 van de verhuurder. Deze vordering werd door Oberlandesgericht Frankfurt am Main afgewezen op de grond dat, samengevat, een huwelijksfeest niet tot doel heeft geld te verdienen aan de cadeaus van de gasten en de geschonden norm hierom niet tegen de schade zoals geleden beoogde te beschermen.⁸⁹ De schade van A was op zichzelf wel als gevolg van de wanprestatie van B voorzienbaar. Legt men echter de verplichting om de zaal ter beschikking te stellen zodanig uit dat daarmee slechts een doel in de immateriële sfeer is gediend, dan volgt niet uit de verplichting dat de schade vergoed dient te worden.⁹⁰ Overigens zou men het doel van de verplichting mijns inziens ook ruimer kunnen uitleggen, en in het bijzonder kunnen laten afhangen van mededelingen van de schuldeiser op dit punt en/of hoe men in het desbetreffende land of regio aankijkt tegen een huwelijksfeest en daarbij te geven cadeaus.

87 Zie over de toerekenbaarheid van andere schadeposten nader nr. 466.

88 Vgl. Kramer 2017, p. 304 “[T]he reasonable contemplation test will sometimes give the wrong answer, and questions of remoteness will ultimately be determined by other factors than reasonable contemplation (...) In other words, the parties will sometimes assume responsibility for losses that are unlikely to occur, or not assume responsibility for losses that are likely (or not unlikely) to occur.”

89 OLG Frankfurt 16 mei 2011, BeckRS 2011, 14474.

90 Dat geen aansprakelijkheid bestaat voor schade waartegen met de contractuele norm niet beoogd is te beschermen, werk ik nader uit in § 8.5.

Als uitgangspunt kan wel dienen dat indien ten tijde van het aangaan van de overeenkomst behoorlijk waarschijnlijk is dat in het geval van wanprestatie bepaalde schade door de schuldeiser zal worden geleden, niet snel kan worden aangenomen dat niet beoogd is tegen die schade te beschermen: behoudens bijzondere omstandigheden valt immers niet in te zien waarom de schuldenaar zou mogen begrijpen dat niet bepaalde voorzienbare schade beoogd werd te voorkomen. Dat is dus ook wat in een motivering dient te worden uitgelegd, indien geoordeeld wordt dat de door de wanprestatie veroorzaakte schade niet in een toereikend normatief verband met die wanprestatie staat.

Een illustratie van een verplichting waarmee primair immateriële voordelen werden beoogd, maar de materiële voordelen zodanig voorzienbaar en wezenlijk waren dat ook het verkrijgen daarvan onder het doel van de norm werd geschaard, biedt de volgende zaak. Een illegale vreemdeling wendt zich tot het Haagse 'Buro voor Rechtshulp' om een verblijfsvergunning te verkrijgen onder de regeling Tijdelijke Regeling Witte Illegalen. Deze aanvraag moest worden ingediend in de periode van 1 oktober 1999 tot 1 december 1999. Het Buro laat na tijdig een vergunningsaanvraag te doen. Op grond van tekortschieten in de nakoming vordert de illegale vreemdeling onder meer inkomensschade van het Buro. Na vaststelling van het tekortschieten komt in de schadestaatprocedure de vraag aan de orde of, aangenomen dat de illegale vreemdeling een verblijfsvergunning zou hebben verkregen indien deze tijdig was aangevraagd, de inkomensschade kan worden toegerekend. Rechtbank Den Haag kende, mede gelet op de eigen schuld van de vreemdeling, inkomensschade toe ten belope van één jaar minimumloon.⁹¹ De rechtbank verwierp hiermee het – mede op het arrest *Iraanse vluchtelingen*⁹² geïnspireerde – verweer van het Buro dat deze verplichting gericht was op het mogelijk maken van legaal verblijf en niet op voordelen in de vermogenssfeer. Het ligt hier, anders dan in de hiervoor besproken huwelijkscaus, niet voor de hand dat het Buro de opdracht zodanig mocht begrijpen dat het de illegale vreemdeling in wezen uitsluitend te doen was om de immateriële voordelen van zo'n verblijfsvergunning.

Net als bij de bepaling van de inhoud van een overeengekomen verplichting, komt het bij de bepaling van het doel van een overeengekomen verplichting steeds aan op de omstandigheden van het geval. De voorzienbaarheid van schade die in dit verband een rol speelt, is de voorzienbaarheid van schade *in abstracto* en vooraf; niet ter zake doet of de schade *zoals geleden* voorzienbaar is of was.

Het moment waarnaar het doel wordt uitgelegd

373. Net zoals voor de bepaling van de inhoud van een verplichting uit overeenkomst de overeenkomst wordt uitgelegd naar het moment waarop deze werd gesloten, wordt ook het doel van zo'n verplichting bepaald naar dat moment. Mogelijk is echter dat het doel van een verplichting op een later moment voor de schuldenaar duidelijk wordt, bijvoorbeeld door het mededelen van dit doel door de schuldeiser bij de ingebrekestelling van de schuldenaar.

91 Rb. Den Haag 25 april 2012, *NJF* 2012/260.

92 HR 13 april 2007, *NJ* 2008/576 m.nt. J.B.M. Vranken (*Iraanse vluchtelingen*).

Aan een projectontwikkelaar werd door een tankstationhouder 'een perceel bouwterrein' verkocht. De tankstationhouder leverde niet tijdig. De projectontwikkelaar, die het perceel had doorverkocht, kon hierdoor ook niet tijdig leveren en werd daarom een boete verschuldigd aan zijn koper. Hof 's-Hertogenbosch oordeelde dat als de tankstationhouder niet wist van de doorverkoop van de grond en niet wist dat een (hoge) boete verbeurd zou worden in het geval van niet-tijdige levering, deze schade, hoewel duidelijk het gevolg van de tekortkoming, niet kan worden toegerekend.⁹³ Stel nu dat de projectontwikkelaar de tankstationhouder bij ingebrekestelling ervan op de hoogte zou brengen dat het perceel is doorverkocht en dat bij niet-tijdige levering een boete verbeurd wordt. Mijns inziens wordt het doel van de verplichting door die mededeling geconcretiseerd zodat de verplichting ook beoogt te voorkomen het door de projectontwikkelaar verbeuren van de boete.

Enerzijds is het mogelijk dat door de informatie die de schuldenaar verkrijgt na het sluiten van de overeenkomst, maar nog voor het door hem presteren, wordt verduidelijkt welke voordelen de schuldeiser met de prestatie beoogt te verkrijgen en/of welke nadelen de schuldeiser met de prestatie beoogt te vermijden. Sprake is dan van een concretisering of nadere precisering van dit doel. Indien de concretisering van het doel heeft plaatsgevonden voordat de schuldenaar diende te presteren, dan is mijns inziens in beginsel het geconcretiseerde doel van de verplichting bepalend voor de reikwijdte van de aansprakelijkheid van de schuldenaar.⁹⁴ Anderzijds is het mogelijk dat de schuldenaar na het sluiten van de overeenkomst, maar nog voor het door hem presteren, ermee wordt geconfronteerd dat de prestatie waartoe hij zich heeft verbonden, de belangen van de schuldeiser op geheel andere wijze dient, en de overeengekomen verplichting daarom geheel andere risico's meebrengt, dan hij aanvankelijk veronderstelde en redelijkerwijze mocht veronderstellen. Geen sprake is dan van een concretisering van het aanvankelijk meer in abstracto gegeven doel van de verplichting; sprake is dan van een *mismatch*. Het kan mijns inziens dan onredelijk zijn om bij de vaststelling van het doel van de verplichting met deze latere informatie rekening te houden. De schuldenaar heeft zich immers tot iets anders verbonden. Dit klemt met name waar de schuldeiser veel grotere belangen heeft bij het door de schuldenaar presteren dan waarmee de schuldenaar ten tijde van het sluiten van de overeenkomst mee rekening kon en diende te houden.

De volgende, tentatieve en mogelijk nog te verfijnen toets kan mijns inziens worden gebruikt om te bepalen of het doel van een verplichting zich door later door de schuldenaar verkregen informatie concretiseert dan wel sprake is van een *mismatch*. Indien zich laat vaststellen dat de verplichting de belangen van de schuldeiser op een andere wijze dient dan de schuldenaar bij het aangaan van de overeenkomst wist of behoorde te weten, en de schuldenaar de overeenkomst niet zou hebben gesloten indien hij hiermee bekend zou zijn geweest, kan mijns inziens de werkelijke wijze waarop de verplichting het belang van de schuldeiser dient in beginsel niet het doel van de verplichting bepalen. Wanneer – andersom – de overeenkomst evengoed en op in wezen dezelfde voorwaarden tot stand zou zijn gekomen en de schuldenaar ook overigens niet relevant anders zou heb-

93 Hof 's-Hertogenbosch 14 januari 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:21 (*Gispro*).

94 Vgl. analoog het door Valk geconstateerde verschijnsel van 'dynamische uitleg' waarbij door ontwikkelingen na totstandkoming van de overeenkomst de aan de overeenkomst te geven uitleg verandert, zie Schelhaas & Valk 2016, p. 28 e.v.

ben gehandeld (bijvoorbeeld een verzekering zou hebben afgesloten) indien de schuldenaar had geweten op welke wijze de verplichting de belangen van de schuldeiser dient, dan acht ik in beginsel mogelijk dat de werkelijke wijze waarop de verplichting het belang van de schuldeiser dient, het doel van de verplichting bepaalt.

7.5.5 *Gevolgshade: niet-nakoming van uit de wet, gewoonte of redelijkheid en billijkheid voortvloeiende verplichting*

374. Naast de prestatie(s) waar het partijen bij het aangaan van een overeenkomst primair om te doen is, brengt een overeenkomst veelal ook verplichtingen mee die partijen in het algemeen niet bewust zijn aangegaan. Het gaat om verplichtingen die, in de terminologie van art. 6:248 lid 1 BW, voortvloeien uit de wet, de gewoonte of de redelijkheid en billijkheid. De *inhoud* van deze verplichtingen wordt in het algemeen niet vastgesteld door de uitleg van de overeenkomst aan de hand van de *Haviltex*-maatstaf, en daarmee aan de hand van de bedoelingen van partijen, maar door uitleg van de wet, de gewoonte of door de bepaling van hetgeen de redelijkheid en billijkheid meebrengt. Evenzo volgt ook het *doel* van deze verplichtingen niet zozeer uit de overeenkomst als wel uit de wet, de gewoonte respectievelijk de redelijkheid en billijkheid. Bij de vaststelling van dit doel gaat het niet om hetgeen partijen ten tijde van het aangaan van de overeenkomst in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs hebben begrepen en mochten begrijpen over de voordelen die de schuldeiser met de prestatie beoogt te verkrijgen en/of de nadelen die de schuldeiser met de prestatie beoogt te vermijden.

375. De zaak *Nuts/Hofman*⁹⁵ illustreert hoe het doel van een uit de wet voortvloeiende verplichting kan worden gebruikt ter onderbouwing van de conclusie dat de door de schending van die verplichting veroorzaakte schade in een voldoende normatief verband tot die schending staat.

Werkgever Nuts ontsloeg de geestelijk minder stabiele werknemer Hofman na een dienstverband van vijftientig jaar plots en rücksichtslos. Hofman stortte vervolgens geestelijk in en geraakte arbeidsongeschikt. De rechtbank oordeelde in hoger beroep dat Nuts door Hofman in de gegeven omstandigheden aldus te ontslaan niet heeft gehandeld zoals een goed werkgever betaamt en de daardoor veroorzaakte schade aan haar dient te worden toegerekend. De Hoge Raad verwierp de tegen deze oordelen gerichte klachten en oordeelde ter zake van de toerekening: “[klaarblijkelijk heeft de rechtbank geoordeeld dat door het gedrag van Nuts], *het gevaar dat de labiele psychische gesteldheid van Hofman tot het voortduren en verergeren van diens na dat gesprek ingetreden arbeidsongeschiktheid zou leiden, heeft verhoogd en dat, nu dit gevaar zich heeft verwezenlijkt, de door Hofman deswege geleden schade als een gevolg van het bedoelde gedrag van Nuts aan deze moet worden toegerekend. Aldus verstaan geeft dit oordeel geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting, terwijl de rechtbank ook niet in haar motiveringsplicht is te kort geschoten.*” (rov. 5.3)

95 HR 1 juli 1993, NJ 1993/667 m.nt. P.A. Stein (*Nuts/Hofman*).

De verplichting in deze casus voor de werkgever om zich als goed werkgever te gedragen vloeide voort uit de wet, art. 1638z (oud) BW, de voorloper van art. 7:611 BW. Bij de uitleg van de inhoud en het doel van deze verplichting komt het niet zozeer aan op de bedoelingen en verwachtingen van de partijen ten tijde van het aangaan van de overeenkomst. De inhoud en het doel van deze verplichting worden bepaald door de uitleg van de wetsbepaling. Op eenzelfde wijze als bij de ongeschreven maatschappelijke zorgvuldigheidnormen waarvan de schending een onrechtmatige daad oplevert, kan met deze open norm beoogd worden om de werknemer te beschermen tegen de verwezenlijking van bepaalde risico's.⁹⁶ Het beschermingsdoel van de verplichting is dan het voorkomen van het gevaar dat ten tijde van de normschendende gedraging voorzienbaar was en dat maakte dat de algemene verplichting van de werkgever om zich als goed werkgever te gedragen zich concretiseerde tot een specifieke gedragsnorm. Niet ter zake doet dan wat partijen bij het aangaan van de overeenkomst konden voorzien. Aan de hand van het aldus gevonden doel kan dus geoordeeld worden dat een toereikend normatief verband aanwezig is en dus, zoals de Hoge Raad in deze zaak doet, de schade zoals geleden kan worden toegerekend.

376. Overeengekomen en uit de wet, gewoonte of redelijkheid en billijkheid voortvloeiende verplichtingen kunnen vloeiend overlopen in verplichtingen waarvan de schending een onrechtmatige daad oplevert.

Een ijsboer verkoopt een met salmonella besmet ijsje waardoor de koper ernstig ziek wordt.⁹⁷ Men zou de verplichting van de verkoper om het ijsje te leveren, zodanig uit kunnen leggen dat het ijsje niet met salmonella besmet mag zijn. Wanneer dat wel het geval is, is sprake van een non-conforme nakoming van de hoofdverplichting tot levering van het ijsje. Ook is mogelijk om op grond van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid een verplichting te construeren die inhoudt dat men bij de uitvoering van de overeenkomst, en daarmee met het leveren van het ijsje, geen schade aan de persoon of het vermogen van de schuldenaar mag toebrengen.⁹⁸ Verder zou men kunnen zeggen dat het in strijd is met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, om een ander ter consumptie een ijsje te geven terwijl men weet of behoort te weten dat het ijsje met salmonella besmet zou kunnen zijn.⁹⁹

De constructie waarin gezegd wordt dat het ijsje non-conform is, ligt wellicht het meest voor de hand om de wanprestatie op te baseren. Wie echter het doel van de geschonden norm wil vaststellen, heeft weinig aan het vaststellen van de subjectieve partijbedoeling op dit punt. Het is hier veeleer de algemene regel van ongeschreven recht die meebrengt dat men anderen niet aan onaanvaardbaar grote gevaren mag blootstellen, waartegen de ijsboer mijns inziens gezondigd heeft. Langs deze weg laat zich vaststellen tegen welke schade met de geschonden verplichting beoogd is te beschermen en daarmee welke schade in een toereikend normatief verband staat tot de schending van de verplichting. De beoordeling van het normatieve verband in het geval van door een wanprestatie veroorzaakte

96 Vgl. over de uitleg van open wettelijke normen Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015, nr. 45.

97 Ktr. Zwolle 5 december 2000, ECLI:NL:KTGZWO:2000:AB1449 (*Salmonella ijsje*).

98 Vgl. Asser/Sieburgh 6-I 2016, nr. 383 sub d die een dergelijke verplichting aanneemt zodat voor vergoeding van schade het verzuimvereiste niet geldt.

99 Vgl. Asser/Schut 5-I 1981 p. 260-263 volgens wie het hier zou gaan om een onrechtmatige daad.

schade verloopt hier gelijk aan de beoordeling hiervan bij de door een onrechtmatige daad veroorzaakte schade.

7.6 Samenvatting

377. In dit hoofdstuk heb ik onderzocht onder welke omstandigheden het doel van de geschonden norm of de toepasselijke kwalitatieve aansprakelijkheid dient te leiden tot de conclusie dat een toereikend normatief verband bestaat tussen de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis en de daardoor veroorzaakte schade, en deze schade dus in beginsel dient te worden toegerekend en tevens in beginsel aan het relativiteitsvereiste, voor zover dat geldt, is voldaan (§ 7.1).

Ik heb tot uitgangspunt genomen dat indien zich laat vaststellen dat met de geschonden norm of met de toepasselijke kwalitatieve aansprakelijkheid beoogd is te beschermen tegen de schade zoals geleden, de laedens deze schade in beginsel dient te vergoeden en ten aanzien van deze schade dus het vereiste normatieve verband aanwezig is. Bij de toepassing van dit uitgangspunt bleek de moeilijkheid te bestaan dat tussen het doel van de geschonden norm of van de toepasselijke kwalitatieve aansprakelijkheid in abstracto en de schade zoals geleden in concreto een aanzienlijke kloof kan gapen. Ik heb een tweetal funderende functies van het doel van de geschonden norm en van de kwalitatieve aansprakelijkheid onderscheiden. In de eerste plaats kan duidelijk zijn dat het doel van de geschonden norm is te beschermen tegen de schade zoals geleden. Dit is het geval in de basale en niet-relevant andere schadesituaties. Het zou zich in deze situaties niet met het bestaan van de norm laten verenigen om te zeggen dat geen toereikend normatief verband aanwezig is tussen de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis en de schade. De Hoge Raad heeft vanaf 1960 in een reeks van arresten in dergelijke gevallen geoordeeld dat de schade kan worden toegerekend op grond van de strekking van de geschonden norm. Ik betoogde dat in plaats van te denken in termen van waarschijnlijkheid of voorzienbaarheid van de schade zoals geleden, gedacht dient te worden in termen van de vraag of de schade zoals geleden kan gelden als schade waartegen met de geschonden norm of met de toepasselijke kwalitatieve aansprakelijkheid beoogd wordt te beschermen. In de tweede plaats biedt het geheel van schadesituaties waarvoor duidelijk is dat de norm daartegen beoogt te beschermen, de harde kern van het beschermingsbereik, een essentieel oriëntatiepunt bij de beoordeling of een toereikend normatief verband aanwezig is. De schadesituatie zoals deze zich heeft voorgedaan kan vergeleken worden met de schadesituaties in de harde kern van het beschermingsbereik. Op deze manier laat zich bepalen of redelijk is de schade zoals geleden voor rekening van de laedens te brengen of voor rekening van de gelaedeerde te laten (§ 7.2).

In het vervolg van het hoofdstuk heb ik uitgewerkt hoe de harde kern van het beschermingsbereik voor verschillende aansprakelijkheidsgrondslagen gevonden kan worden.

In het geval van een onrechtmatige daad heb ik, aan de hand van de onderscheiding tussen de rechtsinbreuk, de schending van een wettelijke plicht en de schending van hetgeen volgens het ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, uitgewerkt hoe het doel van het recht waarop inbreuk is ge-

maakt of van de geschonden norm gevonden kan worden. Het is de rechthebbende die het subjectieve recht beoogt te beschermen. Tegen welke schade met dat recht beoogd wordt te beschermen, hangt verder van het specifieke recht af. In het geval van een wettelijke plicht dient het doel van de geschonden norm te worden gevonden door interpretatie van de norm in de context van de wet waarvan de norm deel uitmaakt. Normen van ongeschreven recht beogen te beschermen tegen het gevaar voor bepaalde personen dat door een bepaald mechanisme op bepaalde wijze bepaalde schade zou ontstaan dat van dien aard is dat de laedens zich met het oog daarop anders had dienen te gedragen (§ 7.3).

Ook voor de kwalitatieve aansprakelijkheden voor personen, opstallen, roerende zaken en personen heb ik het doel van de kwalitatieve aansprakelijkheid uitgewerkt. In het geval van de kwalitatieve aansprakelijkheden voor personen bleek dat doel te zijn het beschermen tegen dezelfde schade als waartegen ook met de norm die geschonden is door degene voor wiens gedrag aansprakelijkheid bestaat, beoogd werd te beschermen. Met de kwalitatieve aansprakelijkheden voor opstallen en roerende zaken wordt beoogd te beschermen tegen het (bijzondere) gevaar voor personen of zaken met het oog waarop aan het opstal of de roerende zaak in het concrete geval eisen worden gesteld. Met de kwalitatieve aansprakelijkheid voor dieren wordt beoogd te beschermen tegen de schade waartegen de gedragsnormen die gelden ingeval de bezitter de gedraging van het dier in de hand zou hebben, beoogd wordt te beschermen, maar slechts voor zover met deze gedragsnormen beoogd wordt te beschermen tegen de verwezenlijking van het gevaar dat schuilt in de eigen energie van het dier en het onberekenbare element dat in die energie ligt opgesloten (§ 7.4).

In het geval van verplichtingen uit overeenkomsten bleek het in het algemeen de schuldeiser te zijn die door de geschonden norm wordt beschermd. Ter zake van de vraag tegen welke schade en welke wijzen van ontstaan van schade met verplichtingen uit overeenkomsten beoogd wordt te beschermen, bleek nieuwe theorievorming nodig te zijn. Ik heb betoogd dat in de eerste plaats onderscheid gemaakt dient te worden tussen, enerzijds, schade die bestaat uit de kosten voor het alsnog verkrijgen van de prestatie en, anderzijds, gevolgschade. Met een verplichting uit overeenkomst wordt beoogd te beschermen tegen het door de schuldeiser maken van de kosten voor het alsnog verkrijgen van de prestatie. Voor de aanwezigheid van een toereikend normatief verband is niet van belang of voorzien kon worden dat deze kosten zouden worden gemaakt of dat deze kosten door veranderingen in de markt onvoorzienbaar hoog zijn. Bij de vaststelling van het beschermingsdoel van een norm ten aanzien van geleden gevolgschade diende onderscheid gemaakt te worden naar de bron van de verplichting. Ik betoogde dat het doel van overeengekomen verplichtingen kan worden bepaald aan de hand van hetgeen partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs hebben begrepen en mochten begrijpen over de voordelen die de schuldeiser met de prestatie beoogt te verkrijgen en/of de nadelen die de schuldeiser met de prestatie beoogt te vermijden. In dit kader bleek de waarschijnlijkheid of voorzienbaarheid van mogelijke schade ten tijde van het aangaan van de overeenkomst van belang, maar niet beslissend, te zijn. Het doel van verplichtingen die voortvloeien uit de wet, de gewoonte of de redelijkheid en billijkheid, verkrijgt men door uitleg van de wet respectievelijk hetgeen de gewoonte of de redelijkheid en billijkheid meebrengen. In het algemeen speelt hier-

bij de voorzienbaarheid van schade ten tijde van het aangaan van de overeenkomst geen rol (§ 7.5).

8.1 Inleiding

378. In het vorige hoofdstuk heb ik onderzocht wanneer voldoende normatief verband bestaat tussen de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis en de daardoor veroorzaakte schade om een verplichting tot vergoeding van die schade aan te kunnen nemen. In dit en de volgende drie hoofdstukken is het perspectief omgekeerd: centraal staat nu wanneer dit verband onvoldoende is om de laedens tot vergoeding van deze schade te verplichten. Deze aldus gevonden grenzen aan aansprakelijkheid kunnen naar gelang dat uitkomt in het relativiteitsvereiste of in het toerekeningsvereiste tot uitdrukking worden gebracht.

379. Soms wordt door een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis schade veroorzaakt, maar laat zich vaststellen dat het doel van de geschonden buitencontractuele of contractuele norm of van de toepasselijke kwalitatieve aansprakelijkheid niet is te beschermen tegen de schade zoals geleden. Dat kan het geval zijn omdat met de geschonden norm of met de toepasselijke kwalitatieve aansprakelijkheid niet beoogd is de persoon van de gelaedeerde te beschermen, niet beoogd is te beschermen tegen het soort schade zoals geleden en/of niet beoogd is te beschermen tegen de wijze waarop de schade is ontstaan. Geen sprake is dan van een toereikend normatief verband tussen de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis en de daardoor veroorzaakte schade. Deze schade behoeft daarom niet te worden vergoed.

De volgende zaak illustreert de toepassing van deze grens in het geval van aansprakelijkheid vanwege wanprestatie. Een vervoerder verbond zich om een lading suiker met het schip *Adamant*, dat op 18 december 1889 zou afvaren, van Hamburg naar Valparaiso (Chili) te vervoeren. In plaats daarvan liet de vervoerder de lading eerst op 7 januari 1890 met het schip *Potsdam* vertrekken. De *Adamant* verging tijdens de reis, de *Potsdam* bereikte Valparaiso wel. De opdrachtgever had de suiker goed verzekerd. Na aankomst van de *Potsdam* in Chili, op een later moment dan de geplande aankomst van de *Adamant*, bleek de suiker bij verkoop minder op te leveren dan de opdrachtgever aan verzekeringsuitkering zou hebben verkregen indien de suiker met de *Adamant* zou zijn vergaan. De opdrachtgever maakte tegenover de vervoerder aanspraak op de vergoeding van het verschil. Het Reichsgericht oordeelde dat de opdrachtgever geen aanspraak op vergoeding van deze schade had, omdat de vervoersovereenkomst gericht was op het *vervoer* van de lading met de *Adamant* en niet op het *vergaan* van de lading met de *Adamant*. De

door de wanprestatie veroorzaakte schade diende naar het oordeel van het Reichsgericht begroot te worden op het verschil tussen, enerzijds, de opbrengst van de suiker indien zij met de Adamant was vervoerd, aangekomen en verkocht en, anderzijds, de opbrengst zoals verkregen.¹ Naar Nederlands recht zou mijns inziens hetzelfde gelden.

380. In dit hoofdstuk werk ik nader uit waarom aansprakelijkheid dient te worden begrensd aan de hand van het doel van de geschonden norm of van de toepasselijke kwalitatieve aansprakelijkheid. Deze grens aan aansprakelijkheid sluit voor buitencontractuele aansprakelijkheid nauw aan bij het in art. 6:162 en 6:163 BW neergelegde relativiteitsvereiste. In dit relativiteitsvereiste is de *strekking* van de geschonden norm of van de kwalitatieve aansprakelijkheid beslissend voor de begrenzing van aansprakelijkheid. Deze strekking dient vastgesteld te worden aan de hand van een geheel aan factoren, waaronder het doel van de geschonden norm of van de kwalitatieve aansprakelijkheid, maar ook andere factoren, waarbij uiteindelijk beslissend is of een redelijke begrenzing van aansprakelijkheid wordt verkregen.² Door aansprakelijkheid op deze manier af te grenzen wordt per definitie een redelijke begrenzing verkregen. In dit hoofdstuk behandel ik wat de essentie van het relativiteitsvereiste is: de regel dat aansprakelijkheid dient te worden begrensd aan de hand van de met de geschonden norm beoogde bescherming.³ Voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad besteed ik daarbij vooral aandacht aan de rechtvaardiging van deze regel en de uitzonderingen daarop. Verder betoog ik dat deze regel gegeneraliseerd dient te worden omdat zij ook de reikwijdte van aansprakelijkheid vanwege wanprestatie beheerst.

381. In het navolgende werk ik eerst voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad uit hoe het begrenzen van aansprakelijkheid aan de hand van het doel van de geschonden norm zich laat rechtvaardigen (§ 8.2). Vervolgens bespreek ik in welke gevallen deze begrenzing niet wordt toegepast en tot onredelijke resultaten zou leiden (§ 8.3). Daarna behandel ik de rechtvaardiging voor deze begrenzing van aansprakelijkheid in het geval van kwalitatieve aansprakelijkheid (§ 8.4). Vervolgens bespreek ik voor de situatie van aansprakelijkheid wegens tekortkoming in de nakoming van een verbintenis uit overeenkomst hoe deze begrenzing zich laat rechtvaardigen (§ 8.5). De verhouding van deze begrenzing tot de leer van Pothier⁴ komt daarna aan de orde (§ 8.6). Daarna behandel ik de meerwaarde van deze grens ten opzichte van de in hoofdstuk 9 t/m 11 te bespreken grenzen aan aansprakelijkheid (§ 8.7). Ik sluit af met een samenvatting (§ 8.8).

8.2 Onrechtmatige daad: rechtvaardiging

382. Dat geen aansprakelijkheid bestaat voor de door een onrechtmatige daad veroorzaakte schade indien het doel van de geschonden norm niet is tegen deze

1 RG 4 november 1891, *RGZ* 28, 159.

2 Zie § 3.3.

3 Zie over deze beoogde bescherming voor onrechtmatige daden § 7.3, voor kwalitatieve aansprakelijkheden § 7.4 en voor verplichtingen uit overeenkomst § 7.5. Zie over het terminologische onderscheid tussen doel en strekking ook nr. 27.

4 Zie daarover § 2.2.2.

schade te beschermen, is mijns inziens – anders dan wel is beweerd⁵ – niet een min of meer logisch gegeven en spreekt ook niet geheel voor zichzelf. Het gegeven dat de laedens onrechtmatig heeft gehandeld en de gelaedeerde de schade niet zou hebben geleden indien de laedens zich naar behoren zou hebben gedragen, biedt immers een zekere rechtvaardiging om de laedens de veroorzaakte schade te laten vergoeden. Niet dadelijk valt in te zien, waarom het enkele feit dat de bestaansreden van de norm niet is te beschermen tegen de schade zoals geleden, zou maken dat de laedens deze schade niet dient te vergoeden: wat er ook zij van de (historische) reden voor het in het leven roepen van de geschonden norm, de norm góld en de laedens had zich daaraan dienen te houden en dan zou de schade niet zijn ontstaan.

In § 8.3 zal blijken dat in allerlei gevallen de laedens gehouden is de door zijn normschendende gedraging veroorzaakte schade te vergoeden, ook al is het doel van de geschonden norm niet om tegen de schade zoals geleden te beschermen.

De gedachte dat aansprakelijkheid dient te worden begrensd aan de hand van het doel van de geschonden norm, laat zich nog verder in het defensief drukken. Moore heeft in zijn boek *Causation and Responsibility* betoogd dat het gegeven dat de schending van een zorgvuldigheidsnorm ook kan leiden tot de verwezenlijking van een gevaar dat de laedens niet kon voorzien en ook niet behoefde te voorzien, de normschending alleen maar ernstiger doet zijn. Om die reden kan volgens Moore degene die de norm schond ook aansprakelijk gehouden worden voor de schade die niet het gevolg is van de verwezenlijking van het voorzienbare gevaar met het oog waarop in ieder geval door de laedens anders gehandeld had moeten worden. Moore schreef:

“[Degenen die een zorgvuldigheidsnorm schenden] *are on moral notice, if you will, that their conduct is unjustified. When different, less significant risks in fact materialize from their conduct, they can hardly claim that it is unfair to impose upon them the costs of those harms. On the contrary, the fact that their conduct could also cause other harms beyond those that were obvious and sufficient for finding them negligent is grounds for thinking them all the more blameworthy.*”⁶

Ook vanwege deze niet dadelijk onredelijk klinkende gedachtegang van Moore, die zich eenvoudig laat transponeren naar andersoortige onrechtmatige daden, dringt de vraag zich op waarom aansprakelijkheid begrensd dient te worden aan de hand van het doel van de geschonden norm.

383. In de Nederlandse literatuur is hiervoor geen duidelijke rechtvaardiging gegeven.⁷

5 Polak 1949, p. 75; Schut 1963, p. 136; Van Maanen 1997, p. 258. Lankhorst 1992a gaat op de vraag waarom de relativiteitsleer nodig is nauwelijks in, ook Bloembergen 1993, p. 143 viel dit op. Den Hollander 2016, p. 65 stelt wel de vraag waarom het relativiteitsvereiste nodig is.

6 Moore 2009, p. 199. Te bedenken valt overigens dat in nr. 496 zal blijken dat wanneer de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis het risico op *verdere* schade vergroot, dat in het algemeen rechtvaardigt om de schade die geldt als verwezenlijking van zo'n vergroot risico ook toe te rekenen ook als deze schade niet kon worden voorzien.

7 Vgl. Bloembergen 1993, p. 143 die op de dissertatie van Lankhorst de terechte kritiek uit dat, hoewel Lankhorst zich als geharnast voorstander van de relativiteitsleer laat kennen, Lankhorst geen principiële verdediging van deze leer geeft.

Van Geleijn Vitringa schreef bij zijn introductie van de relativiteitsleer in Nederland dat “de aanspraak op schadevergoeding een buitenkansje [zou] worden, dat iemand te beurt valt alleen omdat zijn buurman de wet heeft overtreden”.⁸ Bloembergen schreef dat het niet redelijk zou zijn om een norm te gebruiken ter fundering van een vordering uit onrechtmatige daad wanneer die norm niet strekte ter bescherming van het getroffen belang.⁹ Men haalt dan, zo schreef Bloembergen, meer uit de norm dan er in zit.¹⁰ Lankhorst wees, in navolging van R.J. Polak,¹¹ op het verband met misbruik van recht: rechtsuitoefening moet geschieden in overeenstemming met het doel van het recht.¹² Hartkamp en Sieburgh¹³ schrijven – daarmee een passage van Rutten overnemend¹⁴ – dat sprake is van een “toevallig samentreffen” van onrechtmatigheid en schade, maar werken dat niet verder uit.¹⁵ Deze opvattingen zijn op zichzelf niet onjuist, maar houden ook geen heldere en overtuigende rechtvaardiging in van het begrenzen van aansprakelijk aan de hand van de met de geschonden norm beoogde bescherming. Ook wordt hiermee de gedachtegang van Moore niet onkracht.

384. Om het belang van het gegeven dat met de geschonden norm niet beoogd is te beschermen tegen de schade zoals geleden nader te kunnen duiden, is instructief eerst een voorbeeld te beschouwen. Ik ontleen een casus aan H. Drion:

“Stel X wil een bepaald meubel op een openbare veiling kopen. Hij zou het meubel voor 100 gulden hebben kunnen krijgen, als Y niet tegen hem op had geboden, zodat X het stuk tenslotte voor f 300,- toegewezen had gekregen. Achteraf hoort X, dat Y maar net op tijd voor het bieden was gekomen, dankzij het feit dat hij ver boven de wettelijk toegelaten maximum snelheid had gereden. Kan X nu Y aanspreken wegens de schade, die hij heeft geleden doordat hij het bewuste stuk niet voor f 100,- heeft gekregen, als een gevolg van de wetsovertreding van Y? Y wist, toen hij te hard ging rijden, dat hij anders de veiling niet tijdig zou halen. Ook kon hij redelijkerwijs verwachten dat hij door wel tijdig te komen de prijs van het goed zou opjagen en daardoor andere gegadigden zou benadelen.”¹⁶

8 Vgl. Van Geleijn Vitringa 1919, p. 33.

9 Ook in de opvatting van Bloembergen was dus de redelijkheid bij het begrenzen van aansprakelijkheid beslissend en het werken met de strekking van de norm een middel tot het doel van het verkrijgen van een redelijke begrenzing.

10 Bloembergen 1965, nr. 121.

11 Polak 1941, p. 421.

12 Lankhorst 1992a, p. 18, 19. Wolfsbergen 1946, p. 91 t/m 92 wees er, mijns inziens terecht, op dat het beperken van het gebruik van subjectieve rechten niet laat volhouden. Zijns inziens dient op grond van art. 6:162 BW schade te worden vergoed die het gevolg is van een onrechtmatige daad in de zin van art. 6:162 lid 2 BW. Een onrechtmatige daad in de zin van art. 6:162 lid 2 BW is volgens hem een ‘normschending’. Zo’n normschending is, zo vervolgt hij, niet een feit en kan daarom geen schade veroorzaken. Hierom dient op een andere manier vastgesteld te worden of de schade een gevolg is van de normschending. Zijns inziens gebeurt dat in het kader van de relativiteitstoets. Deze gedachtegang laat zich reeds niet volhouden omdat art. 6:162 BW voor aansprakelijkheid vereist dat een onrechtmatige daad schade veroorzaakt. Een onrechtmatige daad is wel een feit (zo blijkt ook uit art. 6:162 lid 2 BW waar onder meer wordt gesproken van een *doen of nalaten* in strijd met een wettelijke plicht) waarvan kan worden vastgesteld of daardoor schade is veroorzaakt. Dat er een norm is die een dergelijke gedraging verbiedt doet aan het feitelijke karakter van de gedraging niet af. Bovendien geldt dat *zelfs als* in art. 6:162 BW besloten zou liggen dat een verband dient te bestaan tussen de normschending en de schade, daarmee niet de vraag is beantwoord – en daar gaat het juist om – hoe het stellen van een dergelijke voorwaarde zich laat rechtvaardigen. Den Hollander 2016, p. 107 schrijft dat het relateren van geschonden norm en geschaad belang een “doel op zich” is en lijkt zo de kwestie van de rechtvaardiging hiervan te willen ontlopen.

13 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015, nr. 129.

14 Dezelfde passage treft men ook aan in onder meer Asser/Rutten 3-II 1954, p. 551.

15 Immiddels heeft Den Hollander 2016, p. 77 e.v. nog een nieuwe visie op de ratio van het relativiteitsvereiste gegeven, die zich naar mijn mening niet laat volhouden. Zijns inziens dient op grond van art. 6:162 BW schade te worden vergoed die het gevolg is van een onrechtmatige daad in de zin van art. 6:162 lid 2 BW. Een onrechtmatige daad in de zin van art. 6:162 lid 2 BW is volgens hem een ‘normschending’. Zo’n normschending is, zo vervolgt hij, niet een feit en kan daarom geen schade veroorzaken. Hierom dient op een andere manier vastgesteld te worden of de schade een gevolg is van de normschending. Zijns inziens gebeurt dat in het kader van de relativiteitstoets. Deze gedachtegang laat zich reeds niet volhouden omdat art. 6:162 BW voor aansprakelijkheid vereist dat een onrechtmatige daad schade veroorzaakt. Een onrechtmatige daad is wel een feit (zo blijkt ook uit art. 6:162 lid 2 BW waar onder meer wordt gesproken van een *doen of nalaten* in strijd met een wettelijke plicht) waarvan kan worden vastgesteld of daardoor schade is veroorzaakt. Dat er een norm is die een dergelijke gedraging verbiedt doet aan het feitelijke karakter van de gedraging niet af. Bovendien geldt dat *zelfs als* in art. 6:162 BW besloten zou liggen dat een verband dient te bestaan tussen de normschending en de schade, daarmee niet de vraag is beantwoord – en daar gaat het juist om – hoe het stellen van een dergelijke voorwaarde zich laat rechtvaardigen. Den Hollander 2016, p. 107 schrijft dat het relateren van geschonden norm en geschaad belang een “doel op zich” is en lijkt zo de kwestie van de rechtvaardiging hiervan te willen ontlopen.

16 Hofmann/Drion & Wiersma 1959, p. 126.

In deze casus zou het naar ik meen evident niet redelijk zijn, indien Y aansprakelijk tegenover X zou zijn voor de door de overtreding van de wet veroorzaakte schade. Waarom is dat zo? Mijns inziens dringt deze conclusie zich niet alleen op door het doel van de door Y geschonden norm. Evenzeer is van belang dat dezelfde schade in vergelijkbare gevallen kan ontstaan en het dan redelijk wordt geacht deze schade voor rekening van de gelaedeerde te laten.

Het verschijnsel dat zich in deze casus voordoet, doet zich mijns inziens meer in het algemeen voor en laat zich als volgt onder woorden brengen. Gedragingen kunnen veelal op allerlei manieren tot schade leiden. De wetgever kan een gedraging verbieden omdat die gedraging altijd, vaak of soms tot schade kan leiden. Zo'n gedraging is dan steeds verboden. Met die gedraging kan dan ook niet meer andersoortige schade rechtmatig worden toegebracht. Dat is vooral een bijproduct van de werking van onze dogmatiek, van ons denken in termen van gedragsnormen.¹⁷ Omdat slechts sprake is van een min of meer toevallig bijproduct, bestaat onvoldoende grond om aansprakelijkheid te rechtvaardigen voor de schade die door de schending van een norm is verzaakt, terwijl die norm niet beoogde tegen deze schade te beschermen, en die in andere situaties evengoed rechtmatig toegebracht had kunnen worden. Er is in deze situatie geen voldoende reden om ten aanzien van die schade een ander rechtsgevolg aan te nemen dan wanneer diezelfde schade rechtmatig veroorzaakt zou worden en zij dus niet vergoed zou hoeven worden.

385. Tegen deze achtergrond laten zich ook de opvattingen in de Nederlandse literatuur beter begrijpen.

Van Geleijn Vitringa sprak kennelijk over een 'buitenkansje' omdat normaliter niemand kan worden aangesproken voor de schade zoals geleden en dat een redelijke verdeling van risico's wordt geacht. Bloembergen achtte niet 'redelijk' om op de geschonden norm de verplichting tot vergoeding van de veroorzaakte schade te baseren, kennelijk omdat niet valt in te zien waarom een ander rechtsgevolg op zijn plaats zou zijn dan in het geval de schade zonder normschending ontstaat en de laedens dan niet aansprakelijk is. Rutten bedoelde met zijn opvatting dat sprake is van een toevallig samentreffen tussen onrechtmatigheid en schade kennelijk dat de schade evengoed rechtmatig veroorzaakt had kunnen worden.

Ook laat zich zo inzien waarom de gedachtegang van Moore zich niet goed laat volhouden. Niet alle mogelijke manieren waarop door een bepaalde handelwijze schade kan ontstaan, dragen eraan bij dat een gedraging als onrechtmatig wordt bestempeld. Wanneer immers die andere schade normaliter rechtmatig kan worden toegebracht, valt niet in te zien waarom de mogelijkheid van het ontstaan van deze schade aan de laakbaarheid van een gedraging zou bijdragen. Het gegeven dat ten gevolge van een normschendende gedraging zich ook andere niet voorziene gevaren kunnen verwezenlijken maakt, anders dan Moore meent, deze gedraging dan niet "*all the more blameworthy*".

17 Vgl. Van Dam 1989 nr. 73 die terecht betoogde dat de relativiteitseis in wezen een correctie is op de eenzijdigheid van het criterium van de wettelijke norm waarin gedrag centraal staat en geen aandacht is voor de te beschermen belangen.

386. Het expliciteren van de rechtvaardiging voor het begrenzen van aansprakelijkheid aan de hand van het doel van de geschonden norm, maakt duidelijk dat niet onder alle omstandigheden gerechtvaardigd is om aansprakelijkheid op deze manier te begrenzen. In de volgende paragraaf behandel ik nader onder welke omstandigheden aansprakelijkheid niet aan de hand van het doel van de geschonden norm wordt begrensd.

8.3 Onrechtmatige daad: nuancering

8.3.1 *Inleiding*

387. Omdat in de literatuur sinds lange tijd algemeen aanvaard is dat aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad dient te worden begrensd indien met de geschonden norm niet beoogd is te beschermen tegen de schade zoals geleden, zal ik hier geen verdere gevallen bespreken waarin deze regel wordt toegepast. Van aanzienlijk groter belang is inzicht te verkrijgen in de situaties waarin deze regel buiten toepassing wordt gelaten. Dit is van belang omdat dit in de rechtspraak mijns inziens nogal eens gebeurt en dan vrijwel steeds op een min of meer verholde wijze. Het gevolg daarvan is dat onduidelijk wordt wanneer en hoe aansprakelijkheid wordt begrensd aan de hand van het doel van de geschonden norm.

388. Naar mijn mening kan in twee typen gevallen toch aansprakelijkheid bestaan voor de door een normschending veroorzaakte schade die niet beantwoordt aan het doel van de geschonden norm. In de eerste plaats kan de door een normschending veroorzaakte schadesituatie een dermate grote gelijkenis vertonen met de schadesituaties waartegen met de norm wel beoogd is te beschermen, dat het onredelijk zou zijn wanneer de laedens de veroorzaakte schade niet zou behoeven te vergoeden.¹⁸ In de tweede plaats kan het zo zijn dat de schade zoals veroorzaakt niet meer in het algemeen op eenzelfde wijze rechtmatig kan ontstaan. De rechtvaardiging voor het begrenzen van aansprakelijkheid aan de hand van het doel van de geschonden norm doet dan geen opgeld. Het zou dan onredelijk zijn de laedens niet ook de veroorzaakte schade te laten vergoeden. In de literatuur worden deze uitzonderingen niet duidelijk onderkend.¹⁹ Ik bespreek deze beide uitzonderingen nader in § 8.3.2 respectievelijk § 8.3.3.

389. In onze literatuur wordt sinds lange tijd wel algemeen onderkend dat het toepassen van de relativiteitsleer tot een te scherpe begrenzing van aansprakelijkheid kan leiden en het dan nodig is daarvoor te corrigeren. Naar de heersende opvatting gebeurt dat door middel van de correctie-Langemeijer: de gelaedeerde tegen wiens schade met de geschonden wettelijke norm niet beoogd werd te be-

18 Zie hierover ook § 7.2.3. Het verschijnsel dat zich hier voordoet zullen wij ook zien bij de grenzen II t/m IV: ook al valt de schadesituatie buiten deze grenzen, het gegeven dat de schadesituatie zozeer lijkt op de schadesituaties waartegen met de geschonden norm wel beoogd is te beschermen, maakt dat het toch niet redelijk zou zijn om de laedens te laten weggelaten worden zonder de schade te vergoeden en de gelaedeerde vergoeding te onthouden (zie § 9.3.4, 10.3 respectievelijk 11.3).

19 Lankhorst 1992a, p. 119 t/m 121 wijst wel op de 'generalisatietechniek' bij de uitleg van de geschonden norm. Du Perron 1999, nr. 138 wijst erop dat bij de verplichting tot vergoeding van verplaatste zaakschade aan een contractueel belanghebbende, het relativiteitsvereiste gedeeltelijk wordt geschrapt.

schermen, wordt dan toch een aanspraak gegeven door middel van een aanvullende zorgvuldigheidsnorm van ongeschreven recht.²⁰ Het bijzondere hierbij is dat de geschonden wettelijke norm waarmee niet beoogd is te beschermen tegen de schade zoals geleden, wel beslissend kan bijdragen aan het aannemen van een zorgvuldigheidsnorm die wel een dergelijke bescherming biedt. De correctie-Langemeijer behandel ik in § 8.3.4. Ik zal betogen dat het beter is haar niet te beschouwen als correctie op het begrenzen van aansprakelijkheid aan de hand van de met de wettelijke norm beoogde bescherming.

8.3.2 *Gelijkenis met een schadesituatie waartegen wel beschermd wordt*

Inleiding

390. In het nu te bespreken eerste type geval vertoont de door de normschending veroorzaakte schadesituatie een sterke mate van gelijkenis – ter zake van zowel de persoon van de gelaedeerde, het soort schade, als de wijze van ontstaan van de schade – met de schadesituaties waartegen met de geschonden norm wel beoogd werd te beschermen. Om die reden is de laedens toch voor de door de normschendende gedraging veroorzaakte schade aansprakelijk, ook al beoogde de geschonden norm niet te beschermen tegen de schade zoals geleden. Ik bespreek deze situatie eerst in het geval van de schending van een wettelijke norm en vervolgens in het geval van de schending van een norm van ongeschreven recht.

Schending van een wettelijke norm

391. Dat de schending van een wettelijke norm ook aansprakelijk kan maken voor de schade waartegen de wetgever niet beoogde te beschermen, komt naar voren in *Claessens/Tijssen*.²¹

Elektricien Swinkels werd bij werkzaamheden aan de elektriciteitsinstallatie van Claessens dodelijk getroffen door elektrische stroom. De elektriciteitsinstallatie van Claessens voldeed niet aan de veiligheidseisen zoals gesteld in het op basis van de Veiligheidswet 1934 van kracht zijnde Electrotechnisch Veiligheidsbesluit 1938. Claessens werd om die reden strafrechtelijk veroordeeld wegens overtreding van art. 10 Veiligheidswet. Tijssen, de weduwe van Swinkels, sprak Claessens op grond van onrechtmatige daad aan tot schadevergoeding. Het hof wees deze vordering toe. In cassatie klaagde Claessens dat het hof ten onrechte zijn verweer had verworpen dat uit de wetsgeschiedenis volgde dat de Veiligheidswet en het Electrotechnisch Veiligheidsbesluit strekten tot bescherming van de belangen van degenen die werkzaam zijn in het bedrijf van de onderneming die aan de eisen van de wet en het besluit dient te voldoen, dat Swinkels een werknemer was in dienst van installateur Keijzers die in opdracht van Claessens werkzaamheden aan de elektriciteitsinstallatie verrichtte en Claessens jegens Swinkels dus niet onrechtmatig had gehandeld. De Hoge Raad verwierp deze klacht, overwegende: “*dat aan de Veiligheidswet en de daarop berustende besluiten ten grondslag ligt de noodzakelijkheid om de in bepaalde ondernemingen werkende arbeiders tegen het gevaar van bedrijfsongevallen te beschermen; dat echter*

20 Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015, nr. 138.

21 HR 1 maart 1963, NJ 1964/12 m.nt. J.H. Beekhuis (*Claessens/Tijssen*). Vgl. *Kelly v. Henry Muhs Co.*, 71 NJL 358 (1904) waarin hetzelfde probleem speelt en tot eenzelfde uitkomst werd gekomen.

aan het feit, dat het treffen van een wettelijke voorziening noodzakelijk is geacht met het oog op de belangen van een bepaalde groep van personen, niet de gevolgtrekking mag worden verbonden, dat de gegeven voorschriften uitsluitend dienen ter bescherming van die belangen; dat het niet naleven van de krachtens art. 10 gegeven voorschriften ook anderen dan de in de onderneming werkende arbeiders in gevaar brengt en de verwezenlijking van het gevaar niet ernstiger of minder ernstig is naar gelang van den persoon die daarvan het slachtoffer is; dat mitsdien niet aanmemelijk is, dat de wetgever een onderscheid als door het middel verdedigd, heeft willen maken.”

De Hoge Raad brengt in zijn motivering fraai tot uitdrukking dat bij de wetgever kennelijk het oogmerk voorzat om anderen dan Swinkels te beschermen, maar het vanwege de gelijkenis met het gevaar voor Swinkels niet redelijk zou zijn om hem buiten het beschermingsbereik van de geschonden norm te laten vallen en dus de bedoeling van de wetgever zo ook niet begrepen dient te worden.²² De Hoge Raad verenigt op deze wijze het aannemen van aansprakelijkheid voor schade waartegen de wetgever met het opstellen van de norm niet beoogde te beschermen met de relativiteitsleer door de bedoeling van de wetgever redelijk, en daarmee ruimer dan deze in werkelijkheid was, uit te leggen. Naar mijn mening kan meer in het algemeen worden gezegd dat hier sprake is van een schade-situatie die in grote mate – zowel ter zake van de persoon van de gelaedeerde, het soort schade, als de wijze van ontstaan van de schade – overeenkomt met de schadesituaties waartegen met de geschonden norm wel beoogd is te beschermen. Ook valt erop te wijzen dat Claessens een belangrijke norm heeft geschonden waarmee werd beoogd het leven en de gezondheid van personen te beschermen. Om deze redenen wordt mijns inziens aan de geschonden norm een ruimere strekking gegeven dan de subjectieve bedoeling tot bescherming van de wetgever. Naar ik meen wijkt men zo, terecht, af van de regel dat aansprakelijkheid wordt beperkt aan de hand van de met de geschonden norm beoogde bescherming.²³ Of men dit construeert door uit te gaan van een geobjectiveerde uitleg van de bedoeling van de wetgever of door op redelijkheidsgronden de strekking van de norm ruimer te nemen dan de daarmee daadwerkelijk beoogde bescherming, doet er in het geval van de schending van een wettelijke norm mijns inziens weinig toe.²⁴

Schending van een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm: inleiding

392. Ook de schending van een norm van ongeschreven recht kan aansprakelijk maken voor schade waartegen met die norm niet beoogd werd te beschermen.

22 Vgl. Beekhuis die in zijn NJ-annotatie treffend schrijft: “Men ziet het: of een bepaald voorschrift de strekking heeft een zeker belang te beschermen is niet afhankelijk van de bedoeling van de wetgever, maar kan eerst achteraf door een objectieve interpretatie van het betreffende voorschrift worden vastgesteld. Het gevolg van deze opvatting is, dat het uiterst moeilijk is van te voren te voorspellen, hoe de Schutznormtheorie door de rechter zal worden gehanteerd.”

23 Weinrib 2012, p. 166 heeft over het te nauwkeurig beschrijven van het beschermingsdoel van de geschonden norm geschreven: “[T]oo particular a description would legitimize indifference to the effects of action and thus fail to reflect the wrongfulness of the act.”

24 Net zoals bij de vaststelling van de rechtsgevolgen van een overeenkomst kunnen ‘uitleg’ en ‘aanvulling’ aan de hand van de redelijkheid en billijkheid ineenvloeden (zie bijvoorbeeld Asser/Sieburgh 6-III 2018, nr. 366.). Ook bij de vaststelling van de strekking van een geschonden wettelijke norm laten uitleg en aanvulling van deze strekking zich niet scherp scheiden.

Ook dit gebeurt wanneer de door de normschending veroorzaakte schadesituatie een grote mate van gelijkenis vertoont met de schadesituaties waartegen met de geschonden norm wel beoogd wordt te beschermen. Het is in deze situaties echter niet goed mogelijk om, zoals in *Claessens/Tijssen* gebeurde, aan de bedoeling van de wetgever met de geschonden norm een geobjectiveerde uitleg te geven. In het geval van ongeschreven normen volgt namelijk het beschermingsdoel van de norm meer dwingend uit het wettelijk systeem: het gaat om het beschermen tegen het voorzienbare gevaar met het oog waarop men zich van een bepaalde gedraging had dienen te onthouden of maatregelen had dienen te nemen.²⁵ In het navolgende bespreek ik een tweetal zaken waarbij aansprakelijkheid vanwege de schending van een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm niet aan de hand van het doel van die norm werd begrensd.

Schending van een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm: Cijsouw/De Schelde I

393. De eerste te bespreken zaak is *Cijsouw/De Schelde I*.²⁶

In deze zaak sprak werknemer Cijsouw zijn werkgever De Schelde aan tot schadevergoeding op de grond dat De Schelde gedurende een periode van bijna twee decennia halverwege de twintigste eeuw onvoldoende veiligheidsmaatregelen had genomen om blootstelling van Cijsouw aan asbest te voorkomen, ten gevolge waarvan Cijsouw de ziekte mesothelioom had opgelopen. Uitgangspunt in de procedure werd dat reeds vóór de Tweede Wereldoorlog bekend was dat de blootstelling aan asbest tot de ziekte asbestose kon leiden, dat in de jaren vijftig van de twintigste eeuw ook het verband tussen de blootstelling aan asbest en longkanker was gelegd, maar dat niet vóór 1960 bekend was dat de blootstelling aan asbest tot de ziekte mesothelioom kon leiden. Dit voerde de rechtbank (in hoger beroep) tot het oordeel dat De Schelde niet op grond van art. 7A:1638x (oud) BW aansprakelijk was voor de schade van Cijsouw. In de periode vóór 1960 kon namelijk De Schelde niet verweten worden geen veiligheidsmaatregelen te hebben genomen tegen het gevaar van asbeststof in relatie tot mesothelioom. Ná 1960 schoot De Schelde tekort door het niet nemen van deze veiligheidsmaatregelen ook in relatie tot dit gevaar. Omdat Cijsouw echter niet kon aantonen dat hij niet ziek zou zijn geworden als De Schelde na 1960 deze maatregelen wel zou hebben getroffen, oordeelde de rechtbank De Schelde niet aansprakelijk. De Hoge Raad vernietigde het vonnis en oordeelde: “*Indien (...) De Schelde (...) te kort is geschoten in haar verplichting om al die veiligheidsmaatregelen te nemen welke waren vereist met het oog op de haar bekende gevaren van het werken met asbest en dit verzuim de kans dat Cijsouw een tot een mesothelioom leidend asbestkristal zou binnenkrijgen, in aanmerkelijke mate heeft verhoogd, is De Schelde ingevolge art. 1638x voor de daaruit voortvloeiende schade aansprakelijk, ook al heeft die nalatigheid geleid tot de verwezenlijking van een haar toen niet bekend gevaar (mesothelioom).*” (rov. 3.6)

De door De Schelde geschonden norm beoogde te beschermen tegen het in abstracto voorzienbare gevaar met het oog waarop zij maatregelen had dienen te

25 Zie hierover § 7.3.3.

26 HR 25 juni 1993, *NJ* 1993/686 m.nt. P.A. Stein (*Cijsouw/De Schelde I*) en HR 2 oktober 1998, *NJ* 1999/683 m.nt. J.B.M. Vranken (*Cijsouw/De Schelde II*). Overigens is de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis in deze zaak niet een onrechtmatige daad maar een tekortkoming in de nakoming van een verbintenis uit overeenkomst. Omdat De Schelde tekort geschoten is in de nakoming van een wettelijke norm, die nader wordt ingevuld door ongeschreven zorgvuldigheidsnormen, bespreek ik deze casus op deze plaats.

nemen. Dit gevaar laat zich nader specificeren aan de hand van de personen die hieraan bloot staan, het soort van schade dat zou kunnen ontstaan en het mechanisme waarmee die schade teweeg zou kunnen worden gebracht.²⁷ Zoals ook de rechtbank oordeelde en de Hoge Raad tot uitgangspunt lijkt te nemen, beoogde de door De Schelde geschonden norm vóór 1960 slechts te beschermen tegen schade die het gevolg is van asbestose en longkanker en niet tegen schade die het gevolg is van mesothelioom. Tegelijkertijd springt in het oog dat de schadesituatie die zich heeft voorgedaan in grote mate – qua persoon, soort schade en wijze van ontstaan van de schade – overeenkomt met de schadesituaties waartegen met de geschonden norm wel beoogd werd te beschermen. Om deze reden ligt het mijns inziens voor de hand om te oordelen dat het niet redelijk zou zijn om de gelaedeerde een aanspraak op schadevergoeding te ontzeggen en de laedens van aansprakelijkheid te bevrijden op de grond dat de schade zoals geleden net op andere wijze is veroorzaakt dan waartegen de norm beoogde te beschermen. Dit nog te meer omdat sprake was van een wezenlijke norm die beoogde het leven en de gezondheid van personen te beschermen en De Schelde die norm over een lange periode heeft geschonden.

Op zichzelf is overigens denkbaar om het relativiteitsprobleem te ontlopen door te betogen dat de geschonden norm tot doel heeft om het ziek worden van werknemers te voorkomen en helder is dat werknemer Cijssouw ziek is geworden. Op deze wijze generaliseert men het doel van de geschonden norm enigszins, althans geeft men een beschrijving van dit doel in meer algemene termen. Het gebruik van deze methode verdient geen aanbeveling. Op deze manier laat elk relativiteitsprobleem zich wegtoveren: in het uiterste geval kan men vrijwel steeds zeggen dat met de norm beoogd is te beschermen tegen schade. De schade zoals geleden zal dan beantwoorden aan het doel van de norm: beoogd was immers juist om tegen schade te beschermen. Hieruit blijkt dat het niet toelaatbaar is om zomaar een willekeurige generalisatie of algemene beschrijving van het doel van de norm te kiezen en aan de hand daarvan te toetsen of de schade zoals geleden daaraan beantwoordt. Als men het doel generaliseert of in meer algemene termen beschrijft, is het noodzakelijk om te motiveren waarom juist die generalisatie respectievelijk meer algemene beschrijving van het doel toelaatbaar is. Aldus moet men dus toch uitleggen waarom zo'n generalisatie of algemenere beschrijving door de redelijkheid wordt gevergd. Het probleem met deze generaliseringsmethode is dat het geven van die motivering, zeker waar subtiel wordt gegeneraliseerd, er gemakkelijk bij inschiet. Beter is om gewoon uit te leggen waarom de redelijkheid vergt dat aansprakelijkheid bestaat voor de door een normschendende gedraging veroorzaakte schade ook al beoogde de geschonden norm niet daartegen te beschermen.

De Hoge Raad was kennelijk van oordeel dat het begrenzen van aansprakelijkheid aan de hand van de met de norm beoogde bescherming, zoals de rechtbank had gedaan, tot een onredelijke uitkomst leidde. In zijn motivering lijkt hij enigszins te worstelen met het bereiken van de conclusie dat De Schelde toch aansprakelijk is. Impliciet neemt hij als uitgangspunt dat de geschonden norm niet beoogde te beschermen tegen de schade zoals geleden. Vervolgens noemt hij enkele omstandigheden die in zijn opvatting kennelijk maken dat De Schelde niettemin aansprakelijk is voor de ten gevolge van de normschending door Cijssouw geleden schade. Met name lijkt de Hoge Raad in dit verband van belang te

27 Zie nader § 7.3.3.

achten dat sprake was van het ten onrechte niet nemen van veiligheidsmaatregelen terwijl dit de kans op mesothelioom “*in aanmerkelijke mate*” heeft verhoogd.

Mijns inziens is het juist dat de Hoge Raad het niet begrenzen van aansprakelijkheid aan de hand van het doel van de geschonden norm, zoals hij lijkt te willen doen, met aanvullende omstandigheden motiveert. Maar deze door hem genoemde omstandigheden kunnen mijns inziens de bereikte conclusie niet dragen. In andere gevallen waarin een veiligheidsnorm is geschonden wordt aansprakelijkheid van de laedens namelijk gewoon begrensd aan de hand van de met die norm beoogde bescherming, ook als de onrechtmatige daad de kans op het gevaar zoals zich dat heeft verwezenlijkt in aanmerkelijke mate heeft verhoogd.²⁸ Niet alleen zijn deze omstandigheden op zichzelf onvoldoende, naar ik meen zijn deze omstandigheden bovendien ook niet nodig om te kunnen concluderen dat ook aansprakelijkheid bestaat voor de schade waartegen met de geschonden norm niet beoogd werd te beschermen. Ook als de kans op mesothelioom niet “*in aanmerkelijk mate*”²⁹ zou zijn verhoogd, zie ik niet goed in waarom De Schelde niet tegenover Cijsouw aansprakelijk zou zijn geweest voor de veroorzaakte schade: evengoed had De Schelde dan tegenover Cijsouw een belangrijke norm gedurende lange tijd geschonden, had Cijsouw ten gevolge daarvan ernstig ziek kunnen worden en heeft de normschending feitelijk mesothelioom veroorzaakt. Mijns inziens zou het inzichtelijker zijn geweest wanneer de Hoge Raad, net zoals in *Claessens/Tijssen*, zijn beslissing ermee had gemotiveerd dat het vanwege de grote gelijkens met de schadesituaties waartegen met de geschonden norm wel beoogd is te beschermen, het niet redelijk zou zijn om voor de veroorzaakte schade geen aansprakelijkheid aan te nemen.

Schending van een ongeschreven zorgvuldigheidnorm: Legionella

394. Dezelfde problematiek speelde in de *Legionella*-zaak.³⁰

Diverse slachtoffers van de legionellabesmetting tijdens de Westfriese Flora in 1999 te Bovenkarspel spraken de houdster aan van de whirlpool die de bron van de besmetting was geweest. In de whirlpool hadden legionellabacteriën zich kunnen vermenigvuldigen door de verwarming van het daarin aanwezige, stilstaande water. Door middel van zeer kleine in de lucht zwevende waterdruppeltjes en stofdeeltjes (aerosolen) zijn deze bacteriën vanuit de whirlpool via de lucht terechtgekomen in de luchtwegen van bezoekers. Ten gevolge daarvan zijn tientallen bezoekers overleden en honderden bezoekers (ernstig) ziek geraakt. Het hof oordeelde dat de whirlpoolhoudster *in elk geval* met het oog op bekende gezondheidsgevaaren gehouden was om maatregelen te nemen (ontsmetten met chloor en gebruik van de wel geïnstalleerde ozongenerator) ter voorkoming van bacteriegroei in de whirlpool. In handleidingen van whirlpools werden deze maatregelen namelijk voorgeschreven voor het veilig gebruik en met name het veilig baden. Het hof oordeelde daarbij dat de whirlpoolhoudster deze veiligheidsnorm ook had behoren na te leven als zij niet (specifiek) bekend was met het gevaar van groei van de haar niet-bekende legionellabacterie en de haar onbekende weg van verspreiding via aerosolen onder bezoekers van de

28 Zie bijvoorbeeld de in nr. 483 te bespreken zaak HR 6 november 1987, *NJ* 1988/193 (*Pulga TM*).

29 Onduidelijk is overigens was hiermee wordt bedoeld. Indien een kans van 0,1% naar 0,2% wordt verhoogd, is in absolute termen sprake van een vergroting van de kans van 0,1%-punt maar in relatieve termen sprake van een verdubbeling van de kans. Is de kans dan in aanmerkelijke mate vergroot?

30 HR 29 november 2002, *NJ* 2003/549 m.nt. J.B.M. Vranken (*Legionella*).

expositieruimte. Wat die bekende gezondheidsgevaaren zijn, daarover laat het hof zich niet uit. Het lijkt erop dat het hof andere gevaren dan verspreiding van de legionellabacterie via de lucht op het oog had,³¹ zoals gevaren die zich zouden kunnen verwezenlijken bij het baden in een niet-ontsmette whirlpool.³² In cassatie klaagde de whirlpoolhoudster in essentie dat het hof met deze oordelen de relativiteitsleer miskende. De Hoge Raad verwierp deze klacht met een lange en voor mij weinig heldere motivering (rov. 3.6.1 t/m 3.6.5). De Hoge Raad weegt hierbij mee dat sprake is van een veiligheidsnorm die dient te worden nageleefd met het oog op het voorkomen van ernstig algemeen gevaar voor de gezondheid van mensen, dat de gevolgen die zich hebben voorgedaan naar objectieve maatstaven redelijkerwijs te verwachten zijn bij de schending van deze norm (maar kennelijk zonder dat ook de whirlpoolhoudster het gevaar behoorde te verwachten) en dat bovendien de veiligheidsmaatregelen weinig kostbaar waren en daarmee een ernstig gevaar voorkomen had kunnen worden.

Ook hier is de discrepantie tussen de met de geschonden norm beoogde bescherming en de schade zoals geleden tamelijk duidelijk: kennelijk hadden door de whirlpoolhoudster maatregelen genomen moeten worden ter voorkoming van de bacteriegroei in de whirlpool, maar moesten deze maatregelen beschermen tegen het gevaar dat personen bij het baden in de whirlpool ziek zouden worden.

Opvallend is hoe het hof het relativiteitsprobleem probeert te omzeilen door te overwegen dat de veiligheidsmaatregelen steeds, ongeacht of de whirlpoolhoudster bekend was of behoorde te zijn met het gevaar dat zich heeft verwezenlijkt, behoorden te worden genomen. Daarmee verwerpt het hof op een niet-begrijpelijke manier het verweer dat geen schadevergoedingsverplichting bestaat omdat de geschonden norm niet strekte tot bescherming tegen de schade zoals geleden: het verweer houdt immers in dat, daargelaten of de maatregelen genomen dienden te worden, daarmee niet werd beoogd te beschermen tegen de schade zoals veroorzaakt. Wel maakt deze overweging van het hof duidelijk dat het gegeven dat de norm is geschonden, als het ware meer gewicht heeft dan de omstandigheid dat de norm niet strekte tot bescherming tegen de schade zoals geleden.³³ Uit de uitvoerige motivering die de Hoge Raad geeft, kan mijns inziens worden afgeleid dat de Hoge Raad het arrest van het hof niet zodanig meende te kunnen lezen dat de whirlpoolhoudster het gevaar van de verspreiding van de legionellabacterie via de lucht behoorde te kennen en (ook) op die grond veiligheidsmaatregelen had behoren te nemen. Indien de Hoge Raad namelijk een dergelijk oordeel wel in 's hofs arrest zou hebben gelezen, dan was een uitvoerige motivering van de verwerping van de klacht over miskenning van het relativiteitsver-eiste door het hof overbodig geweest.

Is redelijk om de whirlpoolhoudster aansprakelijk te houden tegenover de gelaedeerden? De gelijkenis tussen de schadesituatie zoals deze zich heeft voorgedaan en de schadesituaties waartegen de norm (kennelijk) beoogde te beschermen is hier minder sprekend dan in *Cijsouw/De Schelde I*: het in contact komen met het in de whirlpool aanwezige water en het op die wijze ziek worden is mijns inziens

31 De parafrasering door de Hoge Raad van het oordeel van het hof (rov. 3.5.4) dat “*in elk geval*” met het oog op het voorkomen van dit bekende de maatregelen genomen hadden moeten worden, maken duidelijk dat het bekende gevaar een ander gevaar is dan het gevaar van verspreiding van de legionellabacterie via de lucht. In het midden blijft of de whirlpoolhoudster met dit gevaar bekend behoorde te zijn. Hof noch Hoge Raad hebben vastgesteld dat zulks het geval is. Indien dit wel vastgesteld had kunnen worden, had de zaak eenvoudiger tot een oplossing gebracht kunnen worden. Kennelijk kon daar dus niet van uitgegaan worden.

32 In deze zin ook Jansen 2012, p. 372.

33 Zie ook nr. 382.

behoorlijk anders dan het via de lucht inademen van bacteriën. Ook de laakbaarheid van de normschending ligt in deze zaak minder duidelijk. De Schelde had gedurende een periode van bijna twee decennia ten onrechte geen veiligheidsmaatregelen genomen ter voorkoming van ernstige gezondheidsschade bij haar werknemers. Tijdens de Westfriese Flora werd wellicht niet in de whirlpool gebaad en kwamen bezoekers mogelijk ook niet in contact met het in de whirlpool stilstaande water. Het schenden van de norm lijkt dan minder ernstig te zijn en was wellicht zelfs juist door deze omstandigheden ingegeven. Naar ik meen, maakt de combinatie van het gegeven dat niet duidelijk was dat de in de handleidingen van de whirlpool voorgeschreven maatregelen voor veilig gebruik uitsluitend zagen op personen die in de whirlpool zouden gaan baden, terwijl zich ook niet liet uitsluiten dat personen met het water in contact zouden komen, dat zich nog net laat rechtvaardigen om aansprakelijkheid voor de veroorzaakte schade te laten bestaan.³⁴

De Hoge Raad heeft als gezegd enkele bijzondere omstandigheden naar voren gebracht die kennelijk naar zijn oordeel eraan bijdroegen dat, ondanks de discrepantie tussen de met de geschonden norm beoogde bescherming en de schade zoals geleden, de whirlpoolhoudster aansprakelijk diende te zijn. Hij wees op de omstandigheid dat sprake is van de schending van een veiligheidsnorm die ernstig algemeen gevaar voor de gezondheid van mensen moest voorkomen, de gevolgen naar objectieve maatstaven redelijkerwijs te verwachten zijn bij schending van deze norm³⁵ en bovendien de veiligheidsmaatregelen weinig kostbaar waren. Om dezelfde reden als bij de in *Cijsouw/De Schelde I* gegeven aanvullende voorwaarden acht ik aan twijfel onderhevig of dit de werkelijke redenen zijn die maken dat het redelijk is om de whirlpoolhoudster aansprakelijk te houden.

Slotsom: hoe te beoordelen of nuancering op haar plaats is?

395. Geconstateerd kan worden dat het onredelijk kan zijn om aansprakelijkheid te begrenzen aan de hand van het doel van de geschonden norm indien de schade zoals geleden in voldoende mate, qua persoon van de gelaedeerde, het soort schade en de wijze waarop de schade is ontstaan, lijkt op de schade waartegen met de geschonden norm wel beoogd is te beschermen. De categorische regel die de wet in art. 6:163 BW geeft (“*Geen verplichting tot schadevergoeding bestaat, wanneer de geschonden norm niet strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden.*”) kan gemakkelijk tot de verkeerde conclusie leiden dat aansprakelijkheid wel steeds begrensd is tot hetgeen met de norm is beoogd. Men kan ondanks de regel van art. 6:163 BW in de in het voorgaande besproken gevallen een redelijk uitkomst bereiken door de strekking van de geschonden norm, op redelijkheidsgronden, enigszins ruimer uit te leggen dan de met die norm beoogde bescherming.

Wanneer eenmaal erkend is dat het onredelijk kan zijn om aansprakelijkheid aan de hand van het doel van de geschonden norm te begrenzen, kan in openheid

34 Anders Jansen 2012, p. 372, die meent dat aansprakelijkheid te ver gaat omdat de maatregelen een gevaar beoogden te voorkomen dat zich slechts had kunnen verwezenlijken als in de whirlpool zou zijn gebaad.

35 Voor de opvatting dat de ontstane gevolgen naar objectieve maatstaven redelijkerwijs te verwachten zijn bij schending van de norm, heb ik in het arrest verder geen ondersteuning kunnen vinden.

gedebatteerd worden over het antwoord op de vraag of het in de concrete omstandigheden redelijk is om ook aansprakelijkheid te laten bestaan voor de schade zoals geleden terwijl niet beoogd was om daartegen te beschermen. Het komt bij de beantwoording van deze vraag mijns inziens vooral aan op de gelijkens tussen de schadesituaties waartegen met de geschonden norm beoogd is te beschermen en de veroorzaakte schadesituatie. Voorts lijkt mij van belang de ernst van het gevaar waartegen de geschonden norm beoogde te beschermen en de duur van de normschending. Naarmate het schenden van de norm vanwege de ernst van het daardoor in het leven geroepen gevaar of vanwege de duur ervan meer laakbaar is, spreekt mijns inziens minder aan om de laedens weg te laten komen op de grond dat zich net een ander gevaar heeft verwezenlijkt. Ook van belang lijkt mij of de schade waartegen met de geschonden norm beoogd werd te beschermen in de concrete omstandigheden daadwerkelijk had kunnen intreden. In het algemeen lijkt mij niet van belang te zijn de objectieve kans op het gevaar dat zich heeft verwezenlijkt, maar waartegen met de geschonden norm niet beoogd werd te beschermen. Zowel bij een grote als bij een geringe objectieve kans zijn het doorgaans de overige omstandigheden van het geval die maken dat het al dan niet redelijk zou zijn om de laedens ook voor de veroorzaakte schade aansprakelijk te houden.

Ook Jansen acht waar deze problematiek speelt in het geval van ongeschreven zorgvuldigheidsnormen, mijns inziens terecht, van belang dat het risico dat de laedens voorzag of behoorde te voorzien en het onvoorzienbare risico dat zich heeft verwezenlijkt “*gezien hun aard en ernst*” in voldoende mate “*van gelijke orde zijn*”.³⁶ Volgens hem wordt in het kader van het kennisvereiste bij gevaarstelling, naast geobjectiveerd, ook gegeneraliseerd om zo een gewenste uitkomst te bereiken.³⁷ De plaatsing van het in deze paragraaf besproken verschijnsel in het kennisvereiste is echter minder gelukkig. Objectivering in het kader van het kennisvereiste vindt plaats om de laedens ook te kunnen houden aan normen waarmee beoogd wordt te beschermen tegen een gevaar dat de laedens niet voorzag, maar dat de relevante maatman-laedens wel had behoren te voorzien. Anders dan bij objectivering van kennis het geval is, gaat het bij deze generalisering niet om de vraag of de laedens zich wel of niet aan een zorgvuldigheidsnorm had te houden: de zorgvuldigheidsnorm geldt, ook als men de kennis van de laedens niet generaliseert. Het probleem dat zich hier voordoet is of het wel redelijk is de laedens die een gedragsnorm schendt aansprakelijk te houden voor de schade die ontstaat doordat als gevolg van die normschending zich een gevaar heeft verwezenlijkt dat de laedens niet had voorzien en ook niet behoefde te voorzien. Hier ligt dus niet een vraag naar het bestaan van de gedragsnorm voor, maar de vraag of het normatieve verband tussen de normschendende gedraging en de schade toereikend is om de laedens voor de schade aansprakelijk te houden. Dezelfde problematiek speelt bovendien, zoals wij in nr. 392 zagen, ook in het geval van wettelijke normen waar het kennisvereiste niet geldt en dus ook niet kan worden gebruikt om aansprakelijkheid te verruimen. Om deze redenen is de plaatsing van dit verschijnsel in het kennisvereiste niet gelukkig.

³⁶ Jansen 2012, p. 372.

³⁷ Jansen 2012, p. 370, 371, 372. Zie ook Jansen 2006a, p. 19 t/m 22. In nr. 359 zette ik uiteen dat minder gelukkig is het door Jansen gebruiken van deze term generaliseren om duidelijk te maken dat de laedens niet behoefde te voorzien de precieze wijze waarop de schade ontstaat.

8.3.3 *Schade kan meer in het algemeen niet rechtmatig worden toegebracht*

Inleiding

396. Het tweede type geval waarin het begrenzen van aansprakelijkheid aan de hand van het doel van de geschonden norm niet redelijk zou zijn, zal ik nu bespreken. In deze gevallen beantwoordt de door de normschending veroorzaakte schade niet aan het doel van de geschonden norm, maar kan meer in het algemeen dezelfde schade niet eenvoudig op een vergelijkbare wijze rechtmatig worden toegebracht.³⁸ De meest heldere manier waarop kan blijken dat de schade zoals geleden in het algemeen niet rechtmatig kan worden toegebracht, is wanneer voor de laedens tevens een andere norm gold waarmee wel beoogd is te beschermen tegen de schade zoals geleden. Op het eerste gezicht zou het dan voor de hand liggen om de schadevergoedingsverplichting van de laedens op de schending van die andere norm te baseren. Merkwaardigerwijs lijkt in de rechtspraak echter soms de voorkeur te bestaan om niet zo'n andere normschending vast te stellen, maar om de aansprakelijkheid niet te begrenzen aan de hand van het doel van de norm die duidelijk geschonden is. In het navolgende bespreek ik twee zaken waarin zich dit voordoet.

Cuyck/Van Lent

397. In de eerste plaats bespreek ik de wat oudere zaak *Cuyck/Van Lent*.³⁹

De burgemeester van Cuyck meende dat de benoeming van Van Lent tot hulpkeurmeester bij de gemeenschappelijke vleeskeuringsdienst van de gemeente ongeldig was. Op grond van deze, naar achteraf bleek onjuiste, veronderstelling wilde de burgemeester de hulpkeurmeester niet beëdiggen. In het geval van een geldige benoeming, waarvan sprake was, was de burgemeester wel op grond van de wet tot beëdiging gehouden. Zolang Van Lent niet als hulpkeurmeester werd beëdigd, kon hij zijn ambt niet aanvaarden en had hij geen aanspraak op salaris. Van Lent sprak, omdat hij vanwege het onrechtmatige niet beëdiggen salaris misliep, de gemeente aan tot schadevergoeding. Het hof wees deze vordering toe. De gemeente klaagde in cassatie dat het hof hierbij miskende dat de geschonden norm niet strekte tot bescherming tegen de schade zoals door Van Lent geleden. De Hoge Raad verwierp deze klacht, overwegende “*dat deze rechtsplicht den Burgemeester wel is waar niet in de eerste plaats in het belang van den benoemde is opgelegd; (...) dat de weigering van den Burgemeester om Van Lent te beëdiggen deze rechtstreeks in zijn belang trof; dat [daarom] ook dit belang bescherming vindt in het wettelijk voorschrift, dat den Burgemeester verplicht om Van Lent te beëdiggen*”.

Of met de door de burgemeester geschonden norm beoogd is iemands belang te beschermen, en, zo ja, wiens belang en welk belang, wordt in deze zaak niet helder. De Hoge Raad oordeelde, naar ik meen wat eufemistisch, dat de verplichting in ieder geval niet in de eerste plaats in het belang van de benoemde is opgelegd. Naar het oordeel van de Hoge Raad is de gemeente niettemin aansprakelijk

38 Zie § 8.2 waarin ik bespreek waarom onder deze omstandigheden de reden om aansprakelijkheid te begrenzen aan de hand van het doel van de geschonden norm niet aanwezig is.

39 HR 24 mei 1935, NJ 1935/1497 m.nt. E.M. Meijers (*Cuyck/Van Lent*).

nu het schenden van de norm door de burgemeester Van Lent rechtstreeks in zijn belang trof en de norm daarom ook dat belang beschermde. Naar ik meen is dit een ongelukkige rationalisering van een op zichzelf wel terechte uitkomst. Door-gaans staat namelijk de omstandigheid dat rechtstreeks een belang van de gelaedeerde geschonden is, niet in de weg aan het slagen van het verweer dat met de geschonden norm niet beoogd is te beschermen tegen de schade zoals geleden.⁴⁰ De gehanteerde rationalisering laat zich daarom niet volhouden. De Hoge Raad heeft hier, met het hof, naar ik meen wel aangevoeld dat het niet redelijk zou zijn om de aansprakelijkheid van de gemeente te begrenzen aan de hand van het doel van de geschonden norm, maar was niet in staat om die slotsom op een bevredigende manier te verenigen met de door hem aanvaarde relativiteitsleer.

De reden dat het hier niet redelijk zou zijn om de aansprakelijkheid van de gemeente te begrenzen aan de hand van het doel van de geschonden norm, is mijns inziens de volgende. De schade die Van Lent door het onrechtmatig niet-beëdigen leed, had hij hier meer in het algemeen niet eenvoudig op een vergelijkbare wijze rechtmatig kunnen lijden. Voor de hand ligt, mijns inziens, dat het onafhankelijk van het beschermingsdoel van de geschonden norm, in strijd was met hetgeen naar ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt om als gemeente een ambtenaar te benoemen, maar deze ten onrechte niet te beëdigen zodat de ambtenaar geen aanspraak op salaris verkrijgt.⁴¹ Deze (oude) zaak illustreert, ondanks de weinig gelukkige motivering, dat waar ten gevolge van een onrechtmatige daad schade ontstaat die niet meer in het algemeen rechtmatig kan worden toegebracht, het begrenzen van aansprakelijkheid aan de hand van het doel van de geschonden norm onredelijk kan zijn.⁴²

Barneveld/Gasunie

398. Een meer recente zaak waarin dezelfde problematiek speelde is *Barneveld/Gasunie*.⁴³

In de planvoorschriften van een in de gemeente Barneveld geldend bestemmingsplan was bepaald dat niet gebouwd mag worden op een afstand van minder dan vijf meter van een aardgastransportleiding. Het college van B&W was bevoegd van dit verbod vrijstelling te verlenen indien uit een daartoe ingewonnen advies van de desbetreffende leidingbeheerder blijkt dat daartegen uit een oogpunt van exploitatie van de leiding geen overwegende bezwaren bestaan. Een inwoner van de gemeente bouwde een stal en berging boven een aardgastransportleiding. De gemeente verleende hiervoor een vergunning, zonder dat de benodigde vrijstelling was verleend of advies aan Gasunie, de hier relevante leidingbeheerder, was gevraagd. Toen Gasunie de stal met berging gewaar werd en bleek dat de fundering op de leiding was gestort, zag zij zich omwille van de veiligheid genoodzaakt de leiding om te leggen. Gasunie sprak de gemeente aan tot

40 Te denken valt aan HR 10 november 2006, *NJ 2008/491* m.nt. J.B.M. Vranken (*Astrazeneca/Amicon*) en aan HR 13 april 2007, *NJ 2008/576* m.nt. J.B.M. Vranken (*Iraanse vluchtelingen*). Meijers schreef over deze motivering in zijn NJ-annotatie: "Hiermede is in de vroegere leer van den H.R. [de relativiteitsleer], zoo zij feitelijk niet geheel verlaten is, dan toch een ernstige bres geschoten. (...) Men kan derhalve in het vervolg, wanneer iemand door de overtreding van een norm rechtstreeks in zijn belangen getroffen is, steeds aannemen, dat de overtreden norm dient tot bescherming van het getroffen belang."

41 De analogie met het huidige art. 6:22 BW dringt zich hier ook op.

42 Vermelding verdient dat deze zaak werd gewezen voordat de Hoge Raad in HR 17 januari 1958, *NJ 1961/568* (*Tandartsen I*) de correctie-Langemeijer aanvaardde.

43 HR 13 juli 2007, *NJ 2007/504* m.nt. M.R. Mok (*Barneveld/Gasunie*).

schadevergoeding op de grond dat de gemeente onrechtmatig had gehandeld door een vergunning te verlenen in strijd met het bepaalde in de planvoorschriften. De gemeente verweerde zich met het betoog dat de planvoorschriften strekten ter bescherming van de veiligheid van de omwonenden in de gemeente en niet van de leidingbeheerder. Het hof verwierp dat betoog met de overweging dat het gegeven dat het bepaalde in de planvoorschriften strekt tot bescherming van omwonenden “niet uitsluit” dat de schending van de norm ook onrechtmatig is jegens de leidingbeheerder en dat de leidingbeheerder een van de omwonenden “afgeleid belang” heeft. In cassatie klaagde de gemeente dat het hof aldus de relativiteitsleer miskent. De Hoge Raad verwierp dat beroep: “Het hof heeft het standpunt van de Gemeente dat [het bepaalde in de planvoorschriften] strekt tot bescherming van omwonenden en gebruikers zoals hiervoor vermeld, als juist aanvaard doch daaraan (...) toegevoegd dat Gasunie een daarvan afgeleid belang heeft dat daarmee zozeer samenhangt dat het onder deze bescherming moet worden begrepen. Dit belang acht het hof door de Gemeente geschonden. (...) Deze oordelen zijn juist.” (rov. 3.5.2) Overigens had het hof ten overvloede geoordeeld dat de gemeente door het verlenen van de bouwvergunning ook met het oog op het voor haar kenbare belang van Gasunie om geen kosten voor het omleggen van een aardgastransportleiding te behoeven maken, onzorgvuldig tegenover Gasunie had gehandeld. De Hoge Raad laat de tegen dit oordeel gerichte klachten falen bij gebrek aan belang, nu de gemeente reeds op grond van de onrechtmatig verleende vergunning voor de omleggingskosten aansprakelijk was.

Ook hier zien we mijns inziens een worsteling om tot een bevredigende motivering te komen voor de op zichzelf wel redelijke uitkomst. Hoewel het hof niet uitdrukkelijk wil onderkennen dat met de geschonden norm niet beoogd is te beschermen tegen de schade zoals geleden, is het impliciete vertrekpunt in zijn motivering wel de discrepantie tussen de door de norm wel beoogde bescherming (het voorkomen dat omwonenden door een onveilige situatie schade lijden) en de schade zoals door Gasunie geleden. Het hof probeert het hierin gelegen relativiteitsprobleem op te lossen met de constructie dat Gasunie een van de omwonenden “afgeleid belang” heeft en dat daarom de geschonden norm ook strekt tot bescherming tegen het belang waarin Gasunie is geschaad. Die constructie is mijns inziens in zijn algemeenheid echter onverdedigbaar.

Te denken valt bijvoorbeeld aan personen die een afgeleid belang hebben bij het gebruik van een zaak (de drankleverancier bij het gebruik van een café) of aan aandeelhouders en crediteuren die een afgeleid belang hebben bij het functioneren van een vennootschap. Als tegenover de eigenaar van de zaak of tegenover de vennootschap in strijd wordt gehandeld met een norm waarmee beoogd is die eigenaar of die vennootschap te beschermen, wordt met die norm niet automatisch ook beoogd de personen met een afgeleid belang te beschermen.

De Hoge Raad heeft dit probleem met de motivering van het hof kennelijk wel gezien. Naar ik vermoed voegde hij om deze reden in zijn parafraze van het oordeel van het hof een aanvullende voorwaarde toe: nodig is dat het afgeleide belang “zozeer samenhangt” met het wel beschermde belang dat het ook onder de door de norm geboden bescherming moet worden begrepen. Waarom die samenhang hier zodanig is, zegt de Hoge Raad niet. Naar ik meen wordt de problematiek zo in een ongelukkige sleutel gezet, omdat de werkelijke reden om de gemeente aansprakelijk te houden voor de schade van Gasunie niet gelegen is in deze samenhang of het afgeleid zijn van haar belang. Het op deze wijze proberen

te rationaliseren van de bereikte uitkomst, draagt mijns inziens eraan bij dat de relativiteitsvereiste tot toverformule verwordt.⁴⁴

399. In het voorgaande betoogde ik dat het begrenzen van aansprakelijkheid aan de hand van het doel van de geschonden norm zich niet laat rechtvaardigen waar meer in het algemeen dezelfde schade niet op eenzelfde wijze rechtmatig kon worden toegebracht. Het oordeel van het hof dat het onzorgvuldig van de gemeente tegenover Gasunie is om, bovendien in strijd met haar planvoorschriften, een vergunning te verlenen voor de bouw van stal met berging bovenop een leiding, spreekt mij aan. De gemeente diende immers de aanwezigheid van leidingen in haar beoordeling te betrekken en van het bouwen op een gasleiding kan schade voor Gasunie worden verwacht. De schending door de gemeente van deze zorgvuldigheidsnorm biedt niet alleen een zelfstandige grond voor haar aansprakelijkheid, maar maakt tegelijkertijd dat het niet meer redelijk zou zijn om aansprakelijkheid op grond van de schending van de norm uit de planvoorschriften te begrenzen aan de hand van het doel ervan. Het baseren van de aansprakelijkheid van de gemeente op de schending van deze zorgvuldigheidsnorm is naar mijn mening aanmerkelijk helderder dan het met een gekunstelde redenering over een afgeleid belang proberen het relativiteitsvereiste te omzeilen.

Slotsom

400. In deze tweede groep van gevallen zou het niet redelijk zijn om aansprakelijkheid te begrenzen aan de hand van het doel van de geschonden norm omdat de schade zoals geleden niet meer in het algemeen rechtmatig kan worden toegebracht. Eén situatie waarin schade duidelijk niet meer in het algemeen rechtmatig kan worden toegebracht, doet zich voor indien voor de laedens een andere norm geldt waarmee beoogd is te beschermen tegen de schade zoals geleden. Zoals blijkt uit *Cuyck/Van Lent* en *Barneveld/Gasunie* spreekt het in deze situaties niet aan om aansprakelijkheid te begrenzen aan de hand van het doel van de geschonden norm. In plaats van te proberen om met gekunstelde motiveringen het begrenzen van aansprakelijkheid aan de hand van het doel van de geschonden norm te omzeilen (omdat het geschade belang rechtstreeks getroffen zou zijn of afgeleid zou zijn van het belang dat wel beoogd werd te beschermen), is het mijns inziens beter om uit te werken dat een andere norm is geschonden en aansprakelijkheid van de laedens op de schending van die norm te baseren.

Overigens is denkbaar dat er situaties zijn waarin de schade niet meer in het algemeen rechtmatig toegebracht kan worden, zonder dat een norm bestaat waarmee beoogd is tegen deze schade te beschermen en terwijl de schade ook niet sterk lijkt op schade waartegen een norm wel beoogt te beschermen. In de jurisprudentie heb ik hiervan geen voorbeelden aangetroffen.

⁴⁴ In HR 19 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1973 (*Energyclaim/Staat*), rov. 3.3 t/m 3.5.4 bouwde de Hoge Raad, anders dan door *Energyclaim* bepleit, terecht niet voort op dit spoor van het nauw samenhangende afgeleide belang.

8.3.4 *De correctie-Langemeijer; niet een correctief*

Inleiding

401. In het voorgaande besprak ik situaties waarin het niet redelijk zou zijn om aansprakelijkheid te begrenzen aan de hand van het doel van de geschonden norm. In de besproken gevallen werd niet uitdrukkelijk onderkend dat het begrenzen van aansprakelijkheid op deze wijze onredelijk zou zijn. In plaats daarvan werd doorgaans de strekking van de geschonden norm ruimer uitgelegd dan de met de norm beoogde bescherming. In de literatuur worden de besproken verschijnselen niet breed als zodanig onderkend.

Niettemin is in de literatuur sinds lange tijd de heersende opvatting dat de toepassing van de relativiteitsleer tot een te scherpe begrenzing van aansprakelijkheid kan leiden. Volgens de literatuur kan dan door middel van de correctie-Langemeijer tot een wenselijke omvang van aansprakelijkheid worden gekomen. Bij de toepassing van deze figuur wordt de aansprakelijkheid van de laedens niet zozeer gebaseerd op de geschonden wettelijke norm, die niet strekt tot bescherming tegen de schade zoals geleden, maar op een ongeschreven zorgvuldighedsnorm die wel de benodigde bescherming biedt. Het bijzondere van deze constructie is dat het gegeven dat de laedens met zijn gedraging een wettelijke norm heeft geschonden die niet strekte tot bescherming tegen de schade zoals geleden, eraan bijdraagt, soms zelfs beslissend, dat de laedens zich tevens aan een norm van ongeschreven recht diende te houden die wel strekte tot bescherming tegen de schade zoals geleden.⁴⁵ In *Tandartsen I*⁴⁶ heeft de Hoge Raad – na enkele voorzetten van G.E. Langemeijer⁴⁷ – geoordeeld dat dergelijk bijdragen mogelijk is:

“De omstandigheid, dat zekere handeling moet worden nagelaten met het oog op het belang, ter bescherming waarvan de wet haar verbiedt, sluit echter geenszins uit (...) dat bij niet nalaten der verboden handeling het feit der daarin gelegen wetsovertreding tevens een factor kan zijn, welke medeweegt om deze gedraging, waardoor anderen worden benadeeld, mede te veroordelen van uit het gezichtspunt ener betamelijke zorgvuldigheid in het verkeer ten opzichte van eens anders goed.”

Wanneer de correctie-Langemeijer wordt toegepast wordt dus een, wat ik in de inleiding heb genoemd, aanvullende zorgvuldighedsnorm geconstrueerd om te ontkomen aan het onredelijke resultaat van het begrenzen van aansprakelijkheid aan de hand van het doel van de geschonden norm.

402. De vraag die hier rijst is hoe de situaties waarin de correctie-Langemeijer wordt toegepast zich verhouden tot de in het voorgaande besproken situaties waarin de strekking van de geschonden norm ruimer wordt uitgelegd dan de beoogde bescherming. Ook rijst de vraag waarom de correctie-Langemeijer, gege-

45 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015, nr. 138; Den Hollander 2016, p. 154 t/m 161; en Lankhorst 1992a, p. 25 t/m 31.

46 HR 17 januari 1958, *NJ* 1961/568 (*Tandartsen I*).

47 Langemeijer 1934, p. 617 t/m 622; Langemeijer 1940a, p. 387, 388; en Langemeijers conclusie vóór *Tandartsen I*.

ven de mogelijkheid om de strekking van de geschonden norm ruimer uit te leggen, nodig is.⁴⁸ Om op deze vragen een antwoord te kunnen geven, zal ik in het navolgende eerst onderzoeken hoe het mogelijk is dat het schenden van een wettelijke norm die niet strekt tot bescherming tegen de schade zoals geleden, wel beslissend eraan kan bijdragen dat een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm is geschonden die daartoe wel strekt. In de literatuur wordt op deze laatste, voor de hand liggende vraag geen (duidelijk) antwoord geven.⁴⁹

Overigens kunnen zorgvuldigheidsnormen ook een rol spelen wanneer niet bedoeld is om aan de gelaedeerde een aanspraak te geven op gedrag conform de norm en, in het verlengde daarvan, op schadevergoeding in het geval van een schending van de norm.⁵⁰ Het geven van een aanspraak op schadevergoeding door middel van een norm van ongeschreven recht aan zo'n gelaedeerde, beschouw ik niet als toepassing van de correctie-Langemeijer; veelal zal hier namelijk met de wettelijke norm wel beoogd zijn geweest om de gelaedeerde te beschermen.

Situaties van concurrentie en regulering met het oog op consumentenbelangen

403. De veruit meest voorkomende situatie waarin de correctie-Langemeijer wordt toegepast, is het geval waarin een concurrent van degene die een wettelijke norm schendt, door die normschendende gedraging schade lijdt. In zijn publicaties over het corrigeren van de relativiteitsleer had Langemeijer juist ook deze gevallen op het oog.

Langemeijer stelde voorop dat alles wat een ondernemer doet ter uitoefening van zijn bedrijf, voor zijn mededingers concurrentie is. Het enkele feit dat daarbij sprake is van een wetsschending is nog niet in strijd met hetgeen jegens die mededingers volgens het ongeschreven recht betaamt. Indien echter een normschending de ondernemer een aanzienlijk voordeel in de concurrentiestrijd oplevert en dat voordeel zonder die normschending niet goed te verkrijgen zou zijn, zou hierdoor naar het oordeel van Langemeijer tevens in strijd met het ongeschreven recht jegens mededingers gehandeld kunnen worden. Langemeijer wees hierbij tevens op het maatschappelijk belang dat normschending niet in de hand wordt gewerkt doordat een mededinger zich door schending van de wet structureel belangrijke voordelen kan verschaffen.⁵¹

In deze concurrentiegevallen valt naar mijn mening wel te begrijpen waarom de schending van een wettelijke norm die niet strekt tot bescherming van de concurrent, wel beslissend eraan kan bijdragen dat jegens die concurrent een norm van ongeschreven recht wordt geschonden: door het schenden van de wettelijke norm wordt een voordeel gekregen en dat voordeel, dat niet verkregen had mogen worden, is van zodanige aard en omvang dat sprake is van oneerlijke concurrentie. De wettelijke norm draagt beslissend eraan bij dat een norm van ongeschreven recht wordt geschonden omdat die wettelijke norm maakt dat het voordeel

48 Verheij 2014, p. 98 heeft deze vraag terecht ook gesteld, en betoogd, zo begrijp ik, dat de correctie-Langemeijer overbodig is en slechts compliceert.

49 Lankhorst 1992a, p. 25 t/m 31 en Den Hollander 2016, p. 154 t/m 161. Vranken schreef in zijn annotatie bij HR 10 november 2006, NJ 2008/491 (*Astrazeneca/Amicon*) dat de literatuur niet tot "hanteerbare helderheid" is gekomen.

50 Zie hierover § 5.3.

51 Langemeijer 1934, p. 617 t/m 622 en ook Langemeijer 1940a, p. 387.

niet verkregen had mogen worden en mede daarom het profiteren van dat voordeel onrechtmatige concurrentie is. Het is niet zo dat men in deze situaties zegt dat het niet redelijk is om aansprakelijkheid te begrenzen aan de hand van het doel van de geschonden wettelijke norm en vervolgens aansprakelijkheid construeert door middel van het aannemen van een norm van ongeschreven recht. In deze situaties is sprake van een norm van ongeschreven recht die geschonden is en doet zich de bijzonderheid voor dat de wettelijke norm daaraan bijdraagt. Met het corrigeren van de relativiteitsleer heeft dat weinig te maken. Het gaat hier puur om oneerlijk concurrentie. Beter is om dit te beschouwen als niet meer dan de toepassing van een norm van ongeschreven recht ter zake van de mededinging. Op deze manier kan worden bepaald of het verkregen voordeel van dusdanige aard en omvang is, dat sprake is van mededinging in strijd met het ongeschreven recht.⁵²

Door deze situaties niet als correctie op de relativiteitsleer te zien maar louter als reguliere toepassing van normen van ongeschreven recht, laat zich begrijpen waarom in *Tandartsen I*⁵³ wel tot aansprakelijkheid jegens concurrerende tandartsen werd geoordeeld en in *Tandartsen II*⁵⁴ niet. In *Tandartsen I* werden tandheelkundige werkzaamheden uitgeoefend door iemand die daartoe niet de benodigde opleiding had gevolgd. In *Tandartsen II* verrichtte een tandprotheticus werkzaamheden die dicht bij de werkzaamheden lagen waartoe hij bevoegd was maar die tot de uitsluitende bevoegdheid van tandartsen en erkende tandheelkundigen behoorden. Het voordeel dat door de normschending werd verkregen was aldus in beide zaken van zodanig andere aard en omvang dat in *Tandartsen I* wel sprake was van oneerlijke concurrentie maar in *Tandartsen II* niet.

Het denken in termen van een correctie op de relativiteitsleer vertroebelt alleen maar de beoordeling van deze situaties; het zicht wordt daardoor ontnomen op de werkelijke reden om een norm van ongeschreven recht aan te nemen.

404. Zelfs als een wettelijke norm niet geschonden is, kan deze bijdragen aan het aanwezig achten van een norm van ongeschreven recht die een concurrent beschermt.

In *Huisartsen*⁵⁵ namen negen huisartsen uit een bepaalde regio deel als stille venoot bij de oprichting van een apotheek. De Wet beroepsuitoefening individuele gezondheidszorg en het Besluit uitoefening artseneerbereidkunst verboden het een apotheker met een arts, tandarts of een verloskundige rechtstreeks of zijdelings een overeenkomst aan te gaan over het leveren van geneesmiddelen aan derden. Deze norm strekte tot bescherming van belangen van de volksgezondheid. Deze norm werd niet geschonden door het als stille venoot deelnemen in de apotheek. Naar het oordeel van Hof 's-Hertogenbosch borg echter de belangenverstrengeling tevens de

52 In de lagere rechtspraak wordt deze benadering gevolgd: geoordeeld wordt of de schending van de wettelijke norm een ongeoorloofde voorsprong geeft, zie voor enkele voorbeelden: Rb. Utrecht 31 juli 2003, *NJF* 2003/19 (*De Nationale Stichting tot Exploitatie van Casinospelen in Nederland/Peak Entertainment*); Hof Arnhem 2 september 2003, *NJF* 2003/60 (*De Nationale Sporttotalisator/Ladbrokes*); Rb. Leeuwarden 3 december 2003, *NJ* 2004/191 (*Orde van Advocaten/Rechtsbijstand Friesland*); Hof Amsterdam 16 december 2004, *NJF* 2005/156 (*Stargames/De Stichting Exploitatie Nederlandse Staatsloterij*). Op deze manier laat zich ook HR 24 april 2006, *NJ* 2009/485 m.nt. M.R. Mok (*Pfizer/Cosmétique*) begrijpen.

53 HR 17 januari 1958, *NJ* 1961/568 (*Tandartsen I*) en het vervolg in Hof 's-Hertogenbosch 3 maart 1959, *NJ* 1959/545.

54 HR 16 september 1988, *NJ* 1989/505 m.nt. C.J.H. Brunner (*Tandartsen II*).

55 Hof 's-Hertogenbosch 11 april 2006, *NJ* 2006/438 (*Huisartsen*).

mogelijkheid van een onevenredig gunstige en daarmee niet acceptabele concurrentiepositie in zich en daarmee van een grotere bevoorrechte positie dan in een normale concurrentieverhouding toelaatbaar moet worden geacht.

Omdat de wettelijke norm niet is geschonden, is het zelfs niet mogelijk om deze zaak te beschouwen als correctie op de relativiteitsleer maar is de exclusieve invalshoek de oneerlijkheid van de concurrentie. Ook om deze reden is correctieperspectief onwenselijk.

405. Indien geen sprake is van concurrentie, is het schenden van de wet en het daardoor verkrijgen van een voordeel ten koste van een ander, niet snel in strijd met het ongeschreven recht.

Op deze manier laat zich *Astrazeneca/Amicon*⁵⁶ begrijpen. In deze zaak lag voor of het door zorgverzekeraars stimuleren van artsen om goedkopere, merkloze medicijnen aan hun patiënten voor te schrijven onrechtmatig was jegens geneesmiddelenfabrikanten. Deze fabrikanten voerden onder meer aan dat de zorgverzekeraars in strijd handelden met de Wet tarieven gezondheidszorg en het Reclamebesluit geneesmiddelen.⁵⁷ Op grond van deze regelgeving was het beïnvloeden van artsen ter zake van de medicijnkeuze verboden. Deze regelgeving beoogde hiermee de volksgezondheid te beschermen. In het midden bleef of deze regelgeving door de zorgverzekeraars was geschonden, nu in feitelijke instanties en in cassatie werd geoordeeld dat de beweerd geschonden normen niet strekten tot bescherming van de geneesmiddelenfabrikanten. De geneesmiddelenfabrikanten betoogden tevens dat de zorgverzekeraars een norm van ongeschreven recht hadden geschonden. Hieraan legden zij ten grondslag dat genoemde regelgeving werd geschonden en bovendien omvangrijke schade voor de geneesmiddelenfabrikanten hiervan een voorzienbaar gevolg is. De Hoge Raad sanctioneerde de verwerping van dit betoog door het hof.

Zouden wij deze zaak beschouwen vanuit het perspectief van de correctie op de relativiteitsleer, dan zou de gedachte kunnen opkomen dat het schenden van een norm die niet strekt tot bescherming van de gelaedeerde in combinatie met de aangevoerde omstandigheid dat het voorzienbaar is dat de gelaedeerde ten gevolge van de schending van die norm schade zal lijden, mogelijk voldoende zou moeten kunnen zijn voor het aannemen van een zorgvuldigheidsnorm die strekt tot bescherming tegen de voorzienbare schade. Op die manier ontstaat een klein mysterie, waarvan de vraag is hoe het moet worden opgelost.

Beschouwd vanuit het perspectief van normen van ongeschreven mededingingsrecht blijkt echter dadelijk de onjuistheid van deze gedachte. Bij de beoordeling of de zorgverzekeraars een norm van ongeschreven recht tegenover de geneesmiddelenfabrikanten schenden, valt dadelijk op dat geen sprake is van daadwerkelijke concurrentie: de zorgverzekeraars verrichten niet dezelfde activiteit als de geneesmiddelenfabrikanten. Niet goed valt in te zien waarom de zorgverzekeraars op grond van het ongeschreven recht niet hun belang zouden mogen nastreven om hun verzekerden geen hogere kosten voor medicijnen te laten maken dan nodig met, uiteraard, voorzienbaar schade van geneesmiddelenfabrikan-

56 HR 10 november 2006, NJ 2008/491 m.nt. J.B.M. Vranken (*Astrazeneca/Amicon*).

57 Zowel deze wet als dit besluit is niet meer van kracht.

ten als gevolg. Het zou het bestek van dit proefschrift te buiten gaan, deze normen van ongeschreven recht nader te analyseren. Wel kan worden geconcludeerd dat het niet zinvol is deze casus te benaderen vanuit het perspectief van een correctie op de relativiteitsleer en het in dat verband bijdragen van de geschonden wettelijke norm aan het aanwezig achten van een norm van ongeschreven recht; in plaats daarvan dient niet meer dan de vraag gesteld te worden of sprake is van een reguliere norm van ongeschreven recht.

406. De ontoelaatbaarheid van de concurrentie behoeft niet steeds te bestaan uit het door de laedens verkrijgen van een voordeel. Mogelijk is ook dat het door de laedens schenden van een wet, en de daarin voor consumenten besloten liggende waarborgen, het vertrouwen van consumenten kan ondermijnen en om die reden sprake is van oneerlijke concurrentie.⁵⁸

Overige situaties

407. Verder kan in uiteenlopende, bijzondere situaties een wettelijke norm die niet strekt tot bescherming tegen de schade zoals geleden, bijdragen aan het bestaan van een zorgvuldigheidnorm van ongeschreven recht die wel een dergelijke strekking heeft.

408. Mogelijk is dat iemand tegenover een ander het vertrouwen wekt zich aan een bepaalde wettelijke norm te zullen houden en zich vervolgens toch niet aan deze wettelijke norm houdt.⁵⁹ Het gegeven dat die wettelijke norm bestaat, draagt dan in zekere zin bij aan de norm van ongeschreven recht die geschonden wordt. De werkelijke grond voor aansprakelijkheid is het gewekte en vervolgens geschonden vertrouwen. Weinig zinvol is het mijns inziens om deze aansprakelijkheid te beschouwen als correctie op de relativiteitsleer. Op die manier verbreekt men ook het belangrijke verband met andere situaties waarin aansprakelijkheid bestaat vanwege opgewekt en vervolgens geschonden vertrouwen.

409. Ook kan in een wettelijke norm een zekere standaard besloten liggen, die naar ongeschreven recht ook in andere, vergelijkbare situaties, van toepassing kan worden geacht omdat het niet redelijk zou zijn om daar aan een andere gedragsstandaard vast te houden. Te denken valt bijvoorbeeld aan de situatie waarin iemand met het oog op de veiligheid van werknemers op grond van een wettelijke norm zekere maatregelen moet nemen om te zorgen dat machines veilig zijn. Indien deze persoon op grond van het ongeschreven recht anderen tegen de gevaren die deze machines meebrengen dient te beschermen, dan ligt voor de hand dat de wettelijke veiligheidseisen een zekere betekenis hebben in het kader van hetgeen volgens het ongeschreven recht mag worden verwacht. Ook dan kan de wettelijke norm bijdragen aan het bestaan van een bepaalde norm van ongeschreven recht. Ook hier is het weinig zinvol om dat als correctie op de relativiteitsleer te zien. De wettelijke norm behoeft ook niet geschonden te zijn, vol-

58 HR 4 april 1997, *NJ* 1997/509 m.nt. D.W.F. Verkade (*SNS/Combigames*).

59 De Hoge Raad onderkende deze mogelijkheid uitdrukkelijk in HR 1 juli 1982, *NJ* 1983/684 m.nt. C.J.H. Brunner (*Van Hooft/Staat*).

doende kan zijn dat de norm in een vergelijkbare situatie zou gelden om bij te dragen aan de norm van ongeschreven recht.

Zo was het geval in *Vrieling/Ruröde*.⁶⁰ De veiligheidseisen van het Landbouwveiligheidsbesluit waren niet rechtstreeks op het bedrijf van Vrieling van toepassing omdat deze geen werknemers in dienst had. Niettemin onderschreef de Hoge Raad het oordeel van het hof dat de in dat besluit vervatte veiligheidsvoorschriften mede bepalend zijn voor de vaststelling van de mate van zorgvuldigheid waarmee Vrieling ten aanzien van de tienjarige Lars Ruröde, die hem regelmatig in zijn bedrijf hielp, had dienen te handelen.

Wanneer de wettelijke norm niet van toepassing is, is het vanzelfsprekend niet zinvol om te spreken van een correctie op de relativiteitsleer. Hetzelfde geldt waar de wettelijke norm wel van toepassing is en op eenzelfde wijze zou bijdragen aan de gedragsstandaard die het ongeschreven recht vergt.

410. Tot slot is er de situatie van verplaatste schade. Soms komt de door een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis veroorzaakte schade door bijzondere omstandigheden niet voor rekening van de gelaedeerde, maar voor rekening van een derde. In deze situaties, die zich in het geval van zowel buitencontractuele als contractuele aansprakelijkheid voordoen, kan de redelijkheid verlangen dat de derde dezelfde positie tegenover de laedens wordt gegeven als de gelaedeerde zou hebben gehad indien de schade voor zijn rekening zou zijn gekomen. De aanspraak van de derde wordt in de jurisprudentie, vooral in gevallen van aansprakelijkheid vanwege wanprestatie, gebaseerd op schending van een norm van ongeschreven recht. In hoofdstuk 15 behandel ik de problematiek van de verplaatste schade uitvoerig. Bij het oplossen van situaties van verplaatste schade is, in tegenstelling tot de overige hiervoor besproken gevallen, het juist niet zinvol om te denken in termen van de geschonden zorgvuldigheidsnorm maar dient de situatie vanuit het perspectief van de correctie op de relativiteit van de onrechtmatige daad of van de relativiteit van de contractswerking te worden behandeld.

Slotsom

411. Naar ik meen kan het bestaan van een norm die niet strekt tot bescherming tegen de schade zoals geleden, in het algemeen niet eraan bijdragen dat een norm van ongeschreven recht geldt die daartoe wel strekt. Slechts als daarvoor vanwege bijzondere omstandigheden een specifieke reden bestaat, is dergelijk bijdragen wel mogelijk. Deze situaties laten zich beter beschouwen als reguliere toepassing van zorgvuldigheidsnormen. Het beschouwen hiervan als correctie op de relativiteitsleer is eerder belemmerend dan verhelderend voor het inzicht in de werking van het recht in deze situaties. Omdat het in deze situaties gaat om de reguliere toepassing van zorgvuldigheidsnormen zou het verder meestal bepaald gekunsteld zijn en niets toevoegen om de strekking van de eveneens geschonden wettelijke norm zodanig uit te leggen dat deze ook de bescherming omvat die de

60 HR 8 december 1989, NJ 1990/778 m.nt. C.J.H. Brunner (*Vrieling/Ruröde*).

zorgvuldigheidnorm biedt.⁶¹ Naar mijn mening zou het beter zijn wanneer in de handboeken het verschijnsel dat een wettelijke norm kan bijdragen aan het aannemen van een norm van ongeschreven recht besproken zou worden bij de behandeling van die normen van ongeschreven recht en niet bij de relativiteitsleer.

8.4 Kwalitatieve aansprakelijkheid

412. In het geval van kwalitatieve aansprakelijkheid spreekt het begrenzen van aansprakelijkheid aan de hand van het doel van de toepasselijke kwalitatieve aansprakelijkheid, anders dan in het geval van onrechtmatige daad, vrijwel voor zichzelf. Hier doet zich niet de moeilijkheid voor dat, ongeacht de ontstaans- of bestaansredenen van de norm, de norm nu eenmaal gold en door de laedens nageleefd had moeten worden en de schade dan niet zou zijn ontstaan. In het geval van de kwalitatieve aansprakelijkheden heeft de wetgever een schadevergoedingsverplichting gekoppeld aan meer neutrale omstandigheden. Wanneer zich laat vaststellen dat de wetgever met een bepaalde kwalitatieve aansprakelijkheid niet heeft beoogd bescherming te bieden tegen de schade zoals geleden, ligt dadelijk voor de hand dat dan op grond van die kwalitatieve aansprakelijkheid geen verplichting tot vergoeding van die schade kan worden gegrond. In de literatuur is dat ook algemeen aanvaard⁶² en door de Hoge Raad wordt dit toegepast.⁶³

De voorwaarden voor aansprakelijkheid die de diverse bepalingen over kwalitatieve aansprakelijkheid stellen, laten zich overigens niet scherp scheiden van de met de bepaling beoogde bescherming.⁶⁴

Art. 6:170 lid 1 BW stelt bijvoorbeeld als voorwaarde voor kwalitatieve aansprakelijkheid van een ondergeschikte onder meer dat “*de kans op de fout door de opdracht tot het verrichten van deze taak is vergroot*”. Art. 6:173 en 6:174 BW stellen als voorwaarde voor aansprakelijkheid de verwezenlijking van een (in het geval van een roerende zaak: bijzonder) gevaar voor personen of zaken dat aanwezig was doordat de zaak of het opstal niet aan de eisen voldeed die daaraan in de gegeven omstandigheden gesteld mochten worden. Men kan zeggen dat de aansprakelijkheid door het stellen van deze voorwaarden is beperkt, maar ook dat deze aansprakelijkheden kennelijk niet beogen te beschermen tegen de schadesituaties waarin aansprakelijkheid door deze voorwaarden wordt uitgesloten.

413. Over de beperking van aansprakelijkheid door het beschermingsdoel van de kwalitatieve aansprakelijkheden voor personen, valt nog het volgende te zeggen. Deze kwalitatieve aansprakelijkheden voor personen stellen niet als voorwaarde voor aansprakelijkheid dat degene voor wie die kwalitatieve aansprakelijkheid bestaat aansprakelijk is jegens de gelaedeerde, maar knopen aan bij de fout van

61 Waar Verheij 2014, p. 98 de weg van een ruimere uitleg van de strekking van de geschonden norm in deze gevallen voorstaat, ziet hij hieraan naar mijn mening voorbij.

62 Vgl. Klaassen 1991, p. 241 t/m 245; Lankhorst 1992a, p. 40, 41 en 169 e.v.

63 HR 24 februari 1984, *NJ* 1984/415 m.nt. W.C.L. van der Grinten (*Bardoel/Swinkels*). In de in § 3.3.2 besproken HR 8 oktober 2010, *NJ* 2011/465 m.nt. T. Hartlief (*Hangmat*) en HR 29 januari 2016, *NJ* 2016/173 m.nt. T. Hartlief (*Manegepaard Imagine*) gaat het echter niet zozeer om het begrenzen van aansprakelijkheid aan de hand van de door de wetgever beoogde bescherming als wel om het komen tot een redelijke grens aan aansprakelijkheid.

64 In deze zin ook Klaassen 1991, p. 243.

degene voor wie de kwalitatieve aansprakelijkheid bestaat. Art. 6:169 lid 1 BW stelt als voorwaarde voor aansprakelijkheid een doen dat het kind van nog geen veertien jaar als een onrechtmatige daad zou kunnen worden toegerekend indien zijn leeftijd daaraan niet in de weg zou staan. Art. 6:169 lid 2 t/m 6:172 BW verlangen een fout van de persoon waarvoor kwalitatieve aansprakelijkheid bestaat. Bij deze constructie leidt de beperking van de aansprakelijkheid van degene voor wie de kwalitatieve aansprakelijkheid bestaat aan de hand van het doel van de door diegene geschonden norm, niet noodzakelijk tot een beperking van de kwalitatieve aansprakelijkheid. De kwalitatieve aansprakelijkheid is niet erop gebaseerd dat een ander aansprakelijk is, maar dat een ander een norm heeft geschonden. Niettemin geldt mijns inziens dat de met deze kwalitatieve aansprakelijkheden beoogde bescherming niet verder reikt dan de bescherming die beoogd is met de norm die geschonden is door degene voor wiens gedrag de kwalitatieve aansprakelijkheid bestaat.⁶⁵ Het beschermingsdoel van deze kwalitatieve aansprakelijkheden heeft mijns inziens geen verdere betekenis.

414. In de kwalitatieve aansprakelijkheden voor zaken (art. 6:173 t/m 6:177 BW) en dieren (art. 6:179 BW) heeft de bescherming die met deze bepalingen is beoogd meer betekenis.⁶⁶ Soms is namelijk wel aan de voorwaarden van zo'n kwalitatieve aansprakelijkheid voldaan, maar is schade ontstaan waartegen met de kwalitatieve aansprakelijkheid niet beoogd wordt te beschermen. In het geval van de kwalitatieve aansprakelijkheid voor roerende zaken of opstallen is het bijvoorbeeld mogelijk dat wel het (bijzondere) gevaar dat ontstaat doordat de zaak of het opstal niet aan de eisen voldeed die daaraan in de gegeven omstandigheden gesteld mochten worden zich heeft verwezenlijkt (zoals art. 6:173 en 6:174 BW verlangen), maar de schade die hierdoor ontstaat (deels) niet geldt als schade waartegen deze te stellen eisen beoogden te beschermen.⁶⁷ De kwalitatieve aansprakelijkheid voor dieren brengt geen schadevergoedingsverplichting mee indien de door het dier veroorzaakte schade niet is ontstaan door het gevaar dat schuilt in de eigen energie van het dier en het onberekenbare element dat in die energie ligt opgesloten.⁶⁸

8.5 Wanprestatie: criterium, rechtvaardiging en gevallen

8.5.1 Inleiding

415. Het begrenzen van aansprakelijkheid aan de hand van de strekking van de geschonden norm is door de wetgever en in de doctrine vooral in verband gebracht met buitencontractuele aansprakelijkheid en in het bijzonder met aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Het relativiteitsvereiste is neergelegd in

65 Zie nr. 363.

66 Zie hierover ook: Parl. Gesch. Boek 6, p. 748 (M.v.A. II) en Parl. Gesch. Inv. Boek 6, p. 1380 (M.v.A. II Inv.).

67 Vgl. Rb. Amsterdam 7 mei 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:2260 waarin door een brand aan een zendmast zuivere vermogensschade ontstond. Zie over de vraag tegen welke schade met deze eisen waaraan de roerende zaak of het opstal dient te voldoen, beoogd wordt te beschermen nader § 7.4.

68 HR 24 februari 1984, NJ 1984/415 m.nt. W.C.L. van der Grinten (*Bardoel/Swinkels*). De Hoge Raad bereikte de conclusie van niet-aansprakelijkheid zowel door de uitleg van deze kwalitatieve aansprakelijkheid als door de toepassing van de tenzij-clausule.

art. 6:162 lid 1 BW en art. 6:163 BW. Art. 6:163 BW is op zichzelf wel algemeen geformuleerd (“*Geen verplichting tot schadevergoeding bestaat (...)*”). De plaatsing van dit artikel in afdeling 6.3.1 BW en na art. 6:162 BW doet echter voor de hand liggen dat bedoeld is een uitzonderingsregel voor de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad te geven. Ook in de wetsgeschiedenis wordt de relativiteitsleer vooral in dit licht geplaatst.⁶⁹ Niettemin wordt in de wetsgeschiedenis en de doctrine erkend dat in het geval van de schending van een contractuele norm aansprakelijkheid aan de hand van het doel van die norm kan worden begrensd en deze begrenzing door middel van art. 6:98 BW kan worden verwezenlijkt.⁷⁰ De theorievorming hieromtrent is echter bepaald beperkt.

416. Naar ik meen, kan het doel van een geschonden contractuele norm, veel vaker dan in de praktijk gebeurt, worden gebruikt om tot een redelijke begrenzing van aansprakelijkheid wegens schending van die norm te komen. Afgezien van exoneratiebedingen, ligt hier mijns inziens zelfs de voor de praktijk belangrijkste reden voor het begrenzen van contractuele aansprakelijkheid van de schuldenaar tegenover de schuldeiser.

Het doel van de geschonden contractuele norm is doorgaans niet van belang voor de vraag wie aanspraak heeft op schadevergoeding. Dat een niet-schuldeiser in beginsel geen aanspraak heeft op schadevergoeding in het geval van wanprestatie door een schuldenaar, volgt in de eerste plaats uit de functie van het contractrecht in het rechtssysteem – het afdwingbaar maken van afspraken – en niet uit het doel van de geschonden norm.⁷¹ Hoewel doorgaans het doel van een contractuele verplichting niet zal zijn om een ander dan de schuldeiser te beschermen, heeft dat doel geen functie bij het beperken van de aansprakelijkheid van de schuldenaar tot de door de schuldeiser geleden schade.

Het doel van de geschonden verplichting heeft wel een belangrijke functie bij het bepalen van de omvang van de aansprakelijkheid van de schuldenaar tegenover de schuldeiser. In het navolgende bespreek ik eerst hoe zich laat rechtvaardigen om deze aansprakelijkheid aan de hand van dit doel te begrenzen (§ 8.5.2). Vervolgens bespreek ik diverse gevallen waarin de aansprakelijkheid van de schuldenaar tegenover de schuldeiser op deze wijze wordt begrensd (§ 8.5.3).

8.5.2 *Rechtvaardiging van de begrenzing*

417. Dat de aansprakelijkheid wegens het door de schuldenaar tekortschieten in de nakoming van een verplichting uit overeenkomst niet verder dient te reiken dan de met de verplichting beoogde bescherming spreekt mijns inziens vrijwel

69 Met dien verstande dat in de driemanschapstoelichting bij wat art. 6:98 BW geworden is, wel terloops is opgemerkt dat ook in het geval van aansprakelijkheid wegens wanprestatie steeds de vraag dient te worden gesteld of de geschonden norm strekt tot bescherming tegen de schade zoals geleden, zie nader nr. 83.

70 Asser/Sieburgh 6-II 2017, nr. 70; Krans 1999, p. 146; Lankhorst 1992a, p. 39; Lankhorst 1992b, p. 87 t/m 98. Lankhorst bepleitte in zijn dissertatie (Lankhorst 1992a) dat art. 6:163 BW beter in afdeling 6.1.10 BW opgenomen had kunnen worden zodat deze bepaling ook van toepassing zou zijn op aansprakelijkheid uit wanprestatie. In zijn bijdrage aan de bundel *Als een goed huisvader* (Lankhorst 1992b) heeft Lankhorst, met name op grond van Duitse rechtspraak, bepleit om bij de begrenzing van aansprakelijkheid uit wanprestatie vaker te werken met het doel van de geschonden norm.

71 Zie § 5.2.

vanzelf.⁷² Het is niet eenvoudig om dit te rationaliseren. Misschien kan men het beste het volgende zeggen. Partijen verbinden zich door het sluiten van een overeenkomst doorgaans tot méér dan hetgeen waartoe eenieder in het maatschappelijk verkeer sowieso gehouden is (het respecteren van subjectieve rechten van anderen en het zich houden aan de wet en het ongeschreven recht). Een schuldeiser heeft eerst aanspraak op een prestatie die uitstijgt boven hetgeen waartoe eenieder in het maatschappelijk verkeer in ieder geval gehouden is, indien dat is overeengekomen. Zonder die overeenkomst rust het risico van het niet-verkrijgen van die prestatie en de nadelige gevolgen daarvan op de schuldeiser. Dit maakt dat in de overeenkomst de rechtvaardiging moet liggen om deze nadelige gevolgen op de schuldenaar af te wentelen. Wanneer partijen een overeenkomst hebben gesloten om een ander belang van de schuldeiser te dienen dan waarin hij geschaad is, valt niet in te zien waarom de overeenkomst de rechtvaardiging kan bieden om de tekortschietende schuldenaar te verplichten ook dit nadeel te vergoeden. Daarbij is ook van belang dat de schuldenaar, anders dan bij aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, een contractuele verplichting vrijwillig op zich neemt. Mijns inziens zal de schuldenaar alvorens daartoe over te gaan een zekere calculatie maken van de uit de overeenkomst te verwachten voordelen en de vanwege de overeenkomst na te komen verplichtingen en ontstane risico's. Het zou dan niet redelijk zijn om vervolgens de uit de overeenkomst ontstane verplichtingen ineens een geheel andere betekenis te geven omdat het belang van de schuldeiser op een wijze met de te leveren prestatie verbonden blijkt te zijn geweest die de schuldenaar bij het aangaan van de overeenkomst niet kon verwachten.⁷³

8.5.3 *Gevalen van begrenzing van aansprakelijkheid*

Inleiding

418. Om op een zinvolle wijze met het doel van overeengekomen verplichtingen te kunnen werken, dienen, zoals in § 7.5 besproken, mijns inziens enkele onderscheidingen te worden gemaakt. Allereerst dient schade die bestaat uit de door de schuldeiser gemaakte kosten voor het verkrijgen van een vervangende prestatie te worden onderscheiden van door de schuldeiser geleden gevolgschade. Een verplichting uit overeenkomst beschermt steeds tegen door de schuldeiser te maken kosten voor een vervangende prestatie. Het doel van de geschonden norm heeft ter zake van deze schade geen begrenzend werking. Om te bepalen tegen welke gevolgschade een verplichting uit overeenkomst beschermt, dient onderscheid gemaakt te worden naar de bron van die verplichting. Het doel van een

72 Vgl. Xynopoulou 2013, p. 138 die betoogde dat in de Duitse doctrine algemeen als vanzelfsprekend wordt aangenomen dat de *Schutzwecklehre* ook geldt in het geval van contactuele aansprakelijkheid. Bij de grondleggers van deze contractuele toepassingsmodaliteit in het Duitse recht, Rabel 1936, Lange 1960 en Raiser 1962, en in het hedendaagse handboek over schadevergoedingsrecht van Lange & Schiemann 2003, heb ik geen rechtvaardiging voor het begrenzen van deze aansprakelijkheid aan de hand van het doel van de geschonden norm aangetroffen. Ook in de door mij geraadpleegde Engelse en Amerikaanse literatuur wordt deze begrenzing van contractuele aansprakelijkheid vanzelfsprekend geacht, zie bijvoorbeeld al in de oudere publicaties: Bingham 1909, p. 35, 36; Green 1927, p. 23, 44, 45; en meer recent: Epstein 1991, p. 132; McGregor 2018, nr. 8-160 e.v.; Kramer 2008, p. 277 en Kramer 2017, p. 299 e.v.

73 Deze gedachte sluit nauw aan bij de leer van Pothier (zie nader nr. 422), wordt ook in buitenlandse literatuur naar voren gebracht (nr. 423) en ook diverse Nederlandse auteurs hebben hierop gewezen (zie nader nr. 425).

overeengekomen verplichting stelt men vast door uitleg van de partijbedoeling. Het komt daarmee naar mijn mening aan op hetgeen partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs hebben begrepen en mochten begrijpen over de voordelen die de schuldeiser met de prestatie beoogt te verkrijgen en/of de nadelen die de schuldeiser met de prestatie beoogt te vermijden. Het doel van een verplichting die volgt uit de wet, de gewoonte of de redelijkheid en billijkheid, door uitleg van de wet, de gewoonte of de redelijkheid en billijkheid.

De begrenzing van aansprakelijkheid voor gevolgschade bij niet-nakoming van een overeengekomen verplichting

419. Het doel van de geschonden norm heeft bij het begrenzen van aansprakelijkheid vanwege wanprestatie de belangrijkste rol in de situatie waarin de schuldenaar tekortgeschoten is in de nakoming van een overeengekomen, en dus niet uit de wet, gewoonte of redelijkheid en billijkheid voortvloeiende, verplichting. Als gezegd komt het bij de vaststelling van dit beschermingsdoel aan op hetgeen partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs hebben begrepen en mochten begrijpen over de voordelen die de schuldeiser met de prestatie beoogt te verkrijgen en/of de nadelen die de schuldeiser met de prestatie beoogt te vermijden. In dit verband is wezenlijk, maar niet beslissend, welke schade voor de schuldeiser de schuldenaar ten tijde van het aangaan van de overeenkomst kon voorzien als gevolg van tekortschieten in de nakoming van de verplichting.⁷⁴ Indien de door de wanprestatie geleden schade niet geldt als het mislopen van het met de prestatie beoogde voordeel en evenmin als een verwezenlijking van het nadeel dat de prestatie had dienen te vermijden, dan is de schuldenaar voor deze schade in beginsel niet aansprakelijk.

Dit laat zich als volgt illustreren. Aan een projectontwikkelaar werd door een tankstationhouder 'een perceel bouwterrein' verkocht. Overeengekomen werd daarbij dat de zich op het perceel bevindende opstallen door de tankstationhouder verwijderd dienden te worden.⁷⁵ Toen de verkoper niet tijdig leverde, vorderde de projectontwikkelaar alsnog levering van het perceel en schadevergoeding. Deze schade waarvan vergoeding werd gevorderd bestond uit de kosten van het verwijderen van de opstallen en de boete die de projectontwikkelaar verschuldigd was aan een ander: de projectontwikkelaar had het perceel doorverkocht, maar kon door de niet-levering door de tankstationhouder zelf ook niet leveren en verbeurde daarom een boete. Hof 's-Hertogenbosch oordeelde dat als de tankstationhouder niet wist van de doorverkoop van de grond en dat de projectontwikkelaar een (hoge) boete zou verbeuren bij het niet nakomen, deze schade – hoewel duidelijk het gevolg van de tekortkoming – niet kan worden toegerekend.⁷⁶

In deze casus is het patroon zichtbaar wat in elke situatie van tekortschieten in de nakoming van een overeengekomen norm kan gebeuren: de schuldenaar wist niet dat de schuldeiser bij het niet-verkrijgen van de prestatie op een bepaalde wijze schade zou lijden. Het zou dan niet redelijk zijn om de tekortschietende schuldenaar voor deze schade aansprakelijk te houden. Hof 's-Hertogenbosch motiveer-

74 Zie nader nr. 371 en 372.

75 Hof 's-Hertogenbosch 14 januari 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:21 (*Gispro*).

76 Maar zie ook: HR 23 mei 1902, *W 7772 (Brand/Terwindt)* en HR 18 mei 1923, *NJ 1923/904 (Serena/Van Vrijaldenhoven)*.

de in deze zaak de begrenzing van de aansprakelijkheid niet aan de hand van het doel van de geschonden verplichting, maar aan de hand van de voorzienbaarheid van deze schade. Naar ik meen wordt het doel van deze verplichting volkomen bepaald door de voorzienbaarheid van de schade. Vanwege de eerder besproken redenen dient echter niet met de voorzienbaarheid van schade op zichzelf te worden gewerkt maar in plaats daarvan met het doel van de geschonden verplichting.⁷⁷

420. Bij de bepaling van de gevolgschade waarmee met een overeengekomen verplichting beoogd wordt te beschermen is, zoals in § 7.5.4 besproken, de voorzienbaarheid van schade ten tijde van het aangaan van de overeenkomst niet steeds de doorslaggevende factor.

(1) Te denken valt aan de in nr. 372 besproken zaak waarin de verhuurder van een huwelijkslocatie tekortschoot en de huurder daarom minder gasten kon ontvangen en minder cadeaus verkreeg: ondanks de voorzienbaarheid van deze schade, werd geoordeeld dat de overeengekomen verplichting tot het verhuren van een bepaalde locatie van een bepaalde omvang niet op het verkrijgen van dit voordeel gericht was. (2) Verder valt te denken aan de volgende casus. A wil een week gaan skiën in de Franse Alpen. Door een blessure aan zijn linkerknie betwijfelt hij of dat verantwoord is. Hij consulteert daarom een arts. De arts komt, na onzorgvuldig onderzoek, ten onrechte, tot de conclusie dat met de knie niets wezenlijks aan de hand is. Op de eerste dag van zijn skivakantie breekt A door een val – niet gerelateerd aan de blessure aan zijn linkerknie – zijn rechterheup. Tijdens de revalidatie kan A zich niet *full time* op zijn eigen bedrijf richten, waardoor hij inkomsten mist. Zou de arts wel zorgvuldig onderzoek hebben gedaan, dan zou zijn gebleken dat het onverantwoord was om te gaan skiën vanwege de knieblessure en zou A deze schade niet hebben geleden. Ook hier is de schade zoals geleden niet onvoorzienbaar, maar is met de overeengekomen verplichting niet beoogd daartegen te beschermen.⁷⁸

Ook omstandigheden die zich na het sluiten van de overeenkomst hebben voorgedaan – te denken valt aan een ingebrekestelling waarin de schuldeiser duidelijk maakt welke schade bij niet-nakoming zal ontstaan – kunnen soms een rol spelen bij de bepaling van het beschermingsdoel van de overeengekomen verplichting. Zoals in nr. 373 besproken, kan dat slechts voor zover het doel van de verplichting door de latere informatie wordt geconcretiseerd. Na de totstandkoming van de overeenkomst door de schuldenaar verkregen informatie over de wijze waarop de belangen van de schuldeiser met de te leveren prestatie zijn verbonden kan, zoals ik als tentatief criterium naar voren bracht, niet bij de bepaling van het doel van de verplichting worden betrokken indien de schuldenaar de overeenkomst niet zou hebben gesloten indien hij hiermee eerder bekend zou zijn geweest. Indien de overeenkomst evengoed en op in wezen dezelfde voorwaarden tot stand zou zijn gekomen en de schuldenaar ook overigens niet relevant anders zou hebben gehandeld (bijvoorbeeld een verzekering met relevante dekking zou hebben afgesloten) wanneer hij had geweten op welke wijze de verplichting de belangen van de schuldeiser diende, dan acht ik in beginsel wel mogelijk dat de werkelijke

77 Zie § 4.3.2, 4.3.3 en 7.5.4.

78 Deze casus is geïnspireerd op het bergbeklimmervoorbeeld van Lord Hoffmann in *South Australia Asset Management Corporation v. York Montague Ltd. and Banque Bruxelles Lambert SA v. Eagle Star Insurance Co. Ltd.* [1996] UKHL 10 [1997] AC 191.

wijze waarop de verplichting het belang van de schuldeiser dient, het doel van de verplichting bepaalt.

De begrenzing van aansprakelijkheid voor gevolgschade bij niet-nakoming van overige verplichtingen

421. Indien de contractuele verplichting niet is overeengekomen, maar voortvloeit uit de wet, de gewoonte of de redelijkheid en billijkheid, dient, zoals in § 7.5.5 besproken, in deze andere bron van de verplichting ook het doel van de verplichting te worden gezocht.

De aansprakelijkheid vanwege het tekortschieten in de nakoming van deze verplichtingen wordt niet begrensd aan de hand van hetgeen partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs hebben begrepen en mochten begrijpen over de voordelen die de schuldeiser met de prestatie beoogde te verkrijgen en/of de nadelen die de schuldeiser met de prestatie beoogde te vermijden. Dat het aanleggen van deze maatstaf voor deze verplichtingen niet goed zou uitpakken, laat zich illustreren door de in nr. 374 behandelde zaak *Nuts/Hofman*.⁷⁹ Na een dienstverband van meer dan vijftientig jaar ontslaat werkgever Nuts de inmiddels labiele werknemer Hofman plots en rücksichtslos ten gevolge waarvan Hofman instort. Op de grond dat Nuts zich niet als goed werkgever heeft gedragen door met de wijze van ontslag zo weinig rekening te houden met Hofman, wordt Nuts hiervoor aansprakelijk geoordeeld. Niet voor de hand ligt dat Nuts deze schade bij het aangaan van de overeenkomst kon voorzien. De door de werkgever geschonden verplichting om zich als goed werkgever te gedragen, zoals voortvloeide uit art. 1638z (oud) BW, beoogde niettemin te beschermen tegen de schade zoals door Hofman geleden waardoor de schade ook kon worden toegerekend.⁸⁰

Wanneer de geschonden verplichting uit overeenkomst voortvloeit uit de wet, wordt mijns inziens op eenzelfde manier de aansprakelijkheid wegens de schending van die verplichting aan de hand van het doel van deze verplichting begrensd als in het geval van de schending van een buitencontractuele wettelijke plicht.⁸¹

8.6 Wanprestatie: verhouding tot de leer van Pothier

422. Art. 1283 (oud) BW begrensd aansprakelijkheid vanwege tekortschieten in de nakoming van een verbintenis tot de schade “*welke men voorzien heeft of heeft kunnen voorzien, ten tijde van het aangaan der verbindtenis*”. Deze begrenzing van aansprakelijkheid was gebaseerd op de waardevolle opvatting van Pothier dat het niet goed kan worden aangenomen dat partijen die een overeenkomst sluiten zich ook hebben willen binden om onvoorziene schade te vergoeden en de

79 HR 1 juli 1993, *NJ* 1993/667 m.nt. P.A. Stein (*Nuts/Hofman*).

80 Zie § 7.5.5.

81 In HR 25 juni 1993, *NJ* 1993/686 m.nt. P.A. Stein (*Cijsouw/De Schelde I*) en HR 2 oktober 1998, *NJ* 1999/683 m.nt. J.B.M. Vranken (*Cijsouw/De Schelde II*) wordt ook als volkomen vanzelfsprekendheid aangenomen dat aansprakelijkheid wegens het tekortschieten door de werkgever in de nakoming van 7A:1638x (oud) BW, de voorloper van 7:658 BW, begrensd is aan de hand van de strekking van dat voorschrift.

schadevergoedingsverplichting daarom begrensd dient te zijn tot de schade die ten tijde van het aangaan van de overeenkomst kon worden voorzien.

423. Op deze plaats verdient vermelding dat de opvatting van Pothier, via de Code Civil, ook in andere landen geldend recht is geworden en tot op heden ook is gebleven.⁸² In de *common law* en in het Duitse recht wordt voorts bij de begrenzing van aansprakelijkheid vanwege wanprestatie wezenlijk geacht welke risico's partijen bij het aangaan van de overeenkomst hebben willen nemen.

In *Hadley v. Baxendale*⁸³ werd, onder verwijzing naar de Code Civil,⁸⁴ in de *common law* voor de toerekenbaarheid van door wanprestatie veroorzaakte schade beslissend gemaakt of die schade in de “*contemplation of the parties*” was geweest bij het aangaan van de overeenkomst. In latere rechtspraak heeft deze toets de vorm aangenomen van een vraag naar de ‘*assumption of responsibility*’ door de schuldenaar bij het aangaan van de overeenkomst. Welke verantwoordelijkheid door de schuldenaar is aanvaard, wordt bepaald door de uitleg van de overeenkomst waarbij in het bijzonder van belang is de partijbedoeling en de voorzienbaarheid van schade.⁸⁵ Cartwright schreef hierover helder: “*In contract the defendant consents to be bound to an Agreement which contains within it a particular balance of risks and rewards: in consequence, the limit to the losses for which he is responsible is set by reference to what he can be taken to have accepted at the time of concluding the Agreement.*”⁸⁶ en Kramer: “[T]he application of the test of contractual remoteness [toerekening van schade] is really a determination (through the usual process of contextual interpretation) of the scope of the responsibility impliedly undertaken by the promisor; (...) no other explanation makes sense of the law either descriptively or as a justification.”⁸⁷ In plaats van ‘*assumption of responsibility*’ wordt ook wel gesproken van de ‘*scope of duty*’ van de verplichting uit overeenkomst.⁸⁸

In het Duitse recht werd volgens het vanaf 1900 geldende BGB aansprakelijkheid bij schending van een wettelijke norm begrensd aan de hand van de door de norm beoogde bescherming (§ 823 lid 2).⁸⁹ Op basis van onder meer art. 1150 CC, art. 1283 (oud) BW, het hiervoor besproken *Hadley v. Baxendale*, en de in de Amerikaanse doctrine ontwikkelde ‘*scope of rule*’-theorieën,⁹⁰ betoogde Rabel in zijn in 1936 gepubliceerde boek *Das Rechts des Warenkaufs*⁹¹ dat in het

82 De voorzienbaarheidstoets van Pothier kwam via de Code Civil niet alleen terecht in het Engelse recht, maar ook in het Belgische recht (art. 1150 Burgerlijk Wetboek), in het Spaanse recht (art. 1107 Codice Civil) en het Italiaanse recht (art. 1225 Codice Civile) en in art. 9:503 PECL, art. 3:703 DCFR en art. 25 CISG. Zie hierover Gordley 2006, p. 395 en Ferrari 2008, p. 316 e.v. Tevens stond, zoals hierna te beschrijven, het gedachtegoed van Pothier in het Duitse recht aan de wieg van de *Schutzzwecklehre* voor contractuele aansprakelijkheid.

83 *Hadley v. Baxendale* [1854] 9 Ex 341.

84 Eén van de rechters in de Court of Exchequer, Baron Parke, overwoog in deze zaak: “*The sensible rule appears to be that which has been laid down in France, and which is declared in their Code Civil liv iii, tit, iii, ss. 1149, 1150, 1151. (...) The debtor is only liable for the damages foreseen, or which might have been foreseen, at the time of the execution of the contract, when it is not owing to his fraud that the agreement has been violated.*”

85 Zie Kramer 2017, p. 299 e.v. en McGregor 2018, nr. 8-160 e.v. Vgl. hierover ook Epstein 1991, p. 132 die deze methode bepleitte voor het Amerikaanse recht.

86 Cartwright 1996, p. 505.

87 Kramer 2008, p. 277.

88 Vgl. Kramer 2017, p. 344 die voor het Engelse recht hierover schreef: “*scope of duty* [van een contractuele verplichting] and *assumption of responsibility* (the modern test behind remoteness) are essentially the same thing: they both describe implied scope of the responsibility assumed by the defendant”.

89 Zie hierover ook nr. 61.

90 Bingham 1909, p. 35, 136 betoogde, onder meer op basis van *Hadley v. Baxendale*, dat het doel van de geschonden norm beslissend is voor de fundering en de beperking van de aansprakelijkheid zowel vanwege onrechtmatige daad als tekortkoming in de nakoming van verbintenis uit overeenkomst. Green hield in zijn in 1927 gepubliceerde boek *Rationale of Proximate Cause* eenzelfde betoog. Rabel baseerde zich onder meer uitdrukkelijk op Green.

91 Rabel 1936, p. 495 e.v.

geval van wanprestatie aansprakelijkheid diende te worden begrensd door de bescherming die de overeenkomst bood: “*Der Schuldner, der das Recht des Gläubigers verletzt hat, haftet ihm nicht für alle denkbaren Folgen seines vertragswidrigen Tuns schlechthin, sondern nur für die Einbußen, die den durch den Vertrag geschützten Interessen des Gläubigers zustößen.*”⁹² Het antwoord op de vraag tegen welke schade de overeenkomst beschermde, hing volgens Rabel nauw samen met de risico’s die partijen geacht kunnen worden te hebben willen nemen bij het aangaan van de overeenkomst: “*Der Verkäufer berücksichtigt bei der Preisberechnung ein mit seiner etwaigen Nichterfüllung verbundenes Risiko. Dabei rechnet er, sofern ihm nicht besondere Verhältnisse des Käufers bekannt sind, mit dem Risiko, das Vertägen der in Frage stehenden Art. normalerweise anhaftet. Gegen die Gefahr, übernormalen Schaden selbst tragen zu müssen, kann der Käufer sich schützen, indem er die besonderen Momente zur Kenntnisse des Verkäufers bringt, bei dem es dann steht ob er im Hinblick auf das erhöhte Schadensrisiko den Kaufpreis erhöhen will.*”⁹³ In de Duitse doctrine is na deze publicatie van Rabel een ‘gegeneraliseerde’ *Schutzzwecklehre* voor contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid ontstaan.⁹⁴ Merkwaardigerwijs speelt het element van voorzienbaarheid van schade bij de vaststelling van het doel van overeengekomen normen nauwelijks een rol. Deze leer lijkt daardoor, heel anders dan in de *common law*, bij contractuele aansprakelijkheid relatief beperkt te worden toegepast.⁹⁵ In haar dissertatie *Die Voraussehbarkeit als Voraussetzung des Schadensersatzes in der Vertragshaftung* heeft Xynopoulou betoogd dat waar het gaat om de begrenzing van aansprakelijkheid vanwege wanprestatie het voorzienbaarheidsvereiste in het Franse en Engelse recht een gelijke functie heeft als de *Schutzzwecklehre* in het Duitse recht.⁹⁶

424. Naar ik meen, ligt in de invloedrijke opvatting van Pothier het waardevolle inzicht besloten dat een schuldenaar in het algemeen niet verondersteld kan worden zich te hebben willen verbinden om ook de schade te vergoeden die ten tijde van het aangaan van de overeenkomst niet als gevolg van een wanprestatie kon worden voorzien en dat het niet redelijk zou zijn om de schuldenaar voor deze schade aansprakelijk te houden wanneer zij als gevolg van wanprestatie ontstaat. Het gaat hier echter om een rudimentair inzicht dat nog aanzienlijke uitwerking en verfijning behoeft om van nut te kunnen zijn.

In de eerste plaats geldt de gedachte van Pothier alleen voor gevolgschade bij overeengekomen verbintenissen. Maakt de schuldeiser aanspraak op onvoorzienbaar hoge kosten voor het verkrijgen van een vervangende prestatie, dan doet het mijns inziens niet ertoe dat de schuldenaar bij het aangaan van de overeenkomst niet kon voorzien hoe groot deze kosten zouden worden. De essentie van de overeenkomst is immers dat in beginsel het risico dat de prestatie een grotere waarde krijgt of moeilijker te leveren wordt, bij de schuldenaar ligt.⁹⁷ In de tweede plaats is naar mijn mening de voorzienbaarheid van schade als gevolg van tekortschieten in de nakoming ten tijde van het aangaan van de overeenkomst van belang voor overeengekomen verplichtingen, maar niet voor verplichtingen

92 Rabel 1936, p. 496. Overigens blijkt onder meer uit de in nr. 379 besproken zaak dat al vóór de invoering van het BGB in het geval van wanprestatie in de Duitse rechtspraak de aansprakelijkheid werd begrensd aan de hand van het doel van de geschonden norm.

93 Rabel 1936, p. 497.

94 Lange 1960 gaf hiertoe in zijn preadvies een belangrijke impuls. Raiser 1962 borduurde hierop voort in zijn in 1962 gepubliceerde dissertatie *Haftungsbegrenzung nach dem Vertragszweck*. Zie over de *Schutzzwecklehre* Lange & Schiemann 2003, p. 101 e.v.

95 Zie Lange & Schiemann 2003, p. 104 v/m 111.

96 Xynopoulou 2013, p. 157 e.v.

97 Zie nader § 7.5.2.

uit andere bron, zoals de wet, gewoonte of redelijkheid en billijkheid. Voor deze andere verplichtingen is deze partijbedoeling niet beslissend en doet de voorzienbaarheid van schade ten tijde van het aangaan van de overeenkomst niet ter zake; het beschermingsdoel van zo'n verplichting volgt uit dezelfde bron als waaruit de inhoud van de verplichting volgt. Dit is van belang omdat zo'n verplichting lopende de overeenkomst uit een algemene door de wet opgelegde norm kan ontstaan en het ontstaan van de concrete verplichting, laat staan de uit de schending ervan mogelijk te volgen schade, zich niet bij aangaan van de overeenkomst liet voorzien.⁹⁸ In de derde plaats speelt wanneer het gaat om gevolgschade bij tekortschieten in een overeengekomen verbintenis, de voorzienbaarheid van schade bij het aangaan van de overeenkomst een wezenlijke rol bij de bepaling van de schade waartegen met die verplichting beoogd wordt te beschermen. Deze voorzienbaarheid is echter niet beslissend. Enerzijds kan beoogd zijn om te beschermen tegen heel onwaarschijnlijke schade. Anderzijds kan niet beoogd zijn om te beschermen tegen heel waarschijnlijke schade en voorzienbare schade.⁹⁹ In de vierde plaats leidt het beoordelen van de voorzienbaarheid van schade zoals geleden tot een niet oplosbaar generalisatieprobleem.¹⁰⁰ Door niet te toetsen of de schade zoals geleden voorzienbaar was, maar te toetsen of de schade zoals geleden kan gelden als verwezenlijking van het gevaar dat de verplichting beoogde te voorkomen, wordt deze valkuil vermeden.

425. Eind negentiende en begin twintigste eeuw werd in onze literatuur de gedachtegang van Pothier, volgens welke de omvang van de schadevergoedingsverplichting, als een soort *Haviltex avant la lettre*, afhankelijk wordt gemaakt van hetgeen de schuldenaar ten aanzien van de schadevergoedingsverplichting geacht kon worden te hebben aanvaard, als zijnde een fictie verworpen. Niettemin is zij in de tweede helft van de vorige eeuw door verschillende auteurs onderschreven. Van Opstall,¹⁰¹ Schut,¹⁰² Olthoff,¹⁰³ Krans¹⁰⁴ en Van Bijnen¹⁰⁵ hebben erop gewezen dat partijen bij het aangaan van een overeenkomst dienen te kunnen inschatten welke risico's zij nemen door vrijwillig een verplichting op zich te nemen. Op deze manier kunnen zij de omvang van de te verlangen tegenprestatie bepalen en een beslissing over het verzekeren van de uit de overeenkomst voortvloeiende aansprakelijkheidsrisico's nemen. Om deze reden achtten deze auteurs het van belang om de toerekenbaarheid van veroorzaakte schade te begrenzen aan de hand van de voorzienbaarheid van schade.¹⁰⁶ De opvatting van deze auteurs is naar mijn mening te ongenueanceerd, om dezelfde redenen als Pothiers opvatting en de in art. 1283 (oud) BW besloten liggende begrenzing. Niettemin is deze opvatting voor de kern van de problematiek – de begrenzing van uit tekortschieten in de nakoming van een overeengekomen verplichting voortvloeiende gevolgschade – in essentie wel juist. Hier is van belang dat de

98 Zie nr. 421 en de aldaar besproken zaak HR 1 juli 1993, *NJ* 1993/667 m.nt. P.A. Stein (*Nuts/Hofman*).

99 Zie nader nr. 371 en 372.

100 Zie nader § 4.3.2.

101 Hofmann/Van Opstall 1976, p. 228 t/m 233.

102 Schut 1978, p. 396, 397.

103 Olthoff 1988, p. 41, 42 en Olthoff 1995, p. 86.

104 Krans 1999, p. 136, 141.

105 Van Bijnen 2005, p. 257 t/m 263.

106 Asser/Sieburgh 6-II 2017, nr. 70 neemt een minder duidelijke positie in ten aanzien van deze gedachte.

door mij bepleite begrenzing in zoverre in belangrijke mate overeenkomt met een opvatting die in de literatuur een tamelijk ruime aanhang kent.

426. Ook het driemanschap lijkt voor ogen te hebben gestaan om juist de voorzienbaarheid van schade ten tijde van het aangaan van de overeenkomst te gebruiken bij de vaststelling van de strekking van de geschonden verplichting en aan de hand van die strekking vervolgens de aansprakelijkheid van de schuldenaar vanwege het toerekenbaar tekortschieten in de nakoming van die verplichting te begrenzen. In plaats van onze huidige toerekeningsbepaling (art. 6:98 BW) was in het driemanschapsonwerp een waarschijnlijkheids- en voorzienbaarheidstoets opgenomen (art. 6.1.9.4 OM).¹⁰⁷ In de toelichting bij die toets wordt uitdrukkelijk door het driemanschap verworpen de gedachte dat in het geval van aansprakelijkheid vanwege wanprestatie, conform art. 1283 (oud) BW, de waarschijnlijkheid en voorzienbaarheid van de schade naar een andere moment zou moeten worden getoetst dan in het geval van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. In de toelichting wordt echter vervolgens opgemerkt:

*“Bij de toetsing aan (...) [de strekking van de overtreden norm] kan echter wel van belang blijken, welke belangen van de schuldeiser de overeenkomst naar haar strekking beschermt.”*¹⁰⁸

Deze opeenvolging van passages lijkt te impliceren dat het driemanschap bij de bepaling van de belangen van de schuldeiser die de overeenkomst naar haar strekking beschermt, wel van belang achtte welke schade van de schuldeiser ten tijde van het aangaan van de overeenkomst als gevolg van wanprestatie voor contractspartijen voorzienbaar is. De kennelijk mede aan de hand van de waarschijnlijkheid of voorzienbaarheid van schade ten tijde van het aangaan van de overeenkomst te bepalen strekking van een contractuele verplichting, is volgens het driemanschap van belang bij het begrenzen van aansprakelijkheid vanwege wanprestatie. De toelichting vermeldt:

*“Er is echter geen reden, de gelding van [het relativiteitsvereiste] tot het terrein van de onrechtmatige daad te beperken. Ook b.v. bij de verplichting tot schadevergoeding wegens het tekortschieten in de nakoming van een verbintenis zal men zich telkens moeten afvragen, of de strekking van de overtreden norm was, de schuldeiser te beschermen tegen schade van de in concrete voorgevallen type en ingetreden op de wijze als in feite is geschied.”*¹⁰⁹

Deze opmerking wordt onderbouwd met een verwijzing naar Langes preadvies voor de Duitse Juristendag in 1960. In dit preadvies betoogde Lange dat ook aansprakelijkheid vanwege wanprestatie dient te worden begrensd aan de hand van het doel van de geschonden norm. Lange steunde hierbij op Rabels *Das Rechts des Warenkaufs* waarin Rabel, op zijn beurt steunend op Pothier, hetzelfde bepleitte.¹¹⁰ Welbeschouwd ligt de basis voor deze opmerking in de driemanschapstoelichting dus ook in de leer van Pothier.

¹⁰⁷ Zie nr. 76.

¹⁰⁸ Parl. Gesch. Boek 6, p. 341 (T.M.).

¹⁰⁹ Parl. Gesch. Boek 6, p. 341 (T.M.). De toelichting verwijst daarbij naar Lange 1960, p. 46.

¹¹⁰ Rabel 1936, p. 495 e.v. Zie nr. 423.

8.7 Meerwaarde ten opzichte van de andere grenzen

427. Met de grens van de schade die niet beantwoordt aan het doel van de geschonden norm of van de toepasselijke kwalitatieve aansprakelijkheid kan in allerlei gevallen een redelijke begrenzing van aansprakelijkheid worden bereikt, die zich niet laat verkrijgen met de andere in hoofdstuk 9, 10 en 11 te behandelen grenzen. Onder omstandigheden laat zich namelijk betrekkelijk eenvoudig uit de wet of uit de overeenkomst afleiden wat het doel van de norm of van de kwalitatieve aansprakelijkheid is en kan zo tot een tamelijk duidelijke grens aan aansprakelijkheid worden gekomen die zich niet goed met de andere grenzen laat bereiken.

Te denken valt bijvoorbeeld aan de zaak *Astrazeneca/Amicon*.¹¹¹ In deze zaak gaat het om het door zorgverzekeraars stimuleren van het door artsen voorschrijven van goedkopere, merkloze medicijnen in plaats van duurdere specialités. De handelwijze van de zorgverzekeraars is in strijd met regelgeving die beïnvloeding van artsen ter zake verbiedt. In drie instanties werd echter geoordeeld dat deze regelgeving niet strekt tot bescherming van de geneesmiddelenfabrikanten die door de handelwijze van de zorgverzekeraars schade lijden en daarom niet leidt tot aansprakelijkheid van deze zorgverzekeraars voor de schade van de geneesmiddelenfabrikanten. Naar ik meen kan deze begrenzing van aansprakelijkheid niet goed verkregen worden met de in de volgende drie hoofdstukken te behandelen grenzen.

Soms kan deze grens samenvallen met de andere drie in hoofdstuk 9, 10 en 11 te behandelen grenzen. In § 9.6, 10.5 en 11.5 geef ik hiervan voorbeelden.

428. Met name in het geval van tekortschieten in de nakoming van verplichtingen uit een overeenkomst is de in dit hoofdstuk behandelde grens wezenlijk. In vrijwel alle in § 8.5.3 besproken casus laat zich de aan de hand van het doel van de geschonden verplichting gevonden begrenzing van aansprakelijkheid niet met een van de drie andere grenzen bereiken. Soms kan de hier behandelde grens wel samenvallen met de in hoofdstuk 9 te behandelen grens van het rechtmatig alternatief.

Te denken valt aan de in nr. 419 besproken casus van de verongelukte skiër. De niet-aansprakelijkheid van de tekortschietende arts valt hier te bereiken door het doel van partijen bij de overeenkomst vast te stellen: dat doel is niet de skiër te beschermen tegen de gewone risico's van het skiën. Ook kan men zeggen dat dezelfde schade meer in het algemeen evengoed bij onberispelijke uitvoering van de overeenkomst zou kunnen ontstaan en om die reden voor deze schade geen aansprakelijkheid dient te bestaan.

8.8 Samenvatting

429. Schade veroorzaakt door een onrechtmatige daad, een gebeurtenis waarvoor kwalitatieve aansprakelijkheid bestaat of een tekortkoming in de nakoming van een verbintenis uit overeenkomst, behoeft niet te worden vergoed indien zich laat

111 HR 10 november 2006, NJ 2008/491 m.nt. J.B.M. Vranken (*Astrazeneca/Amicon*).

vaststellen dat het doel van de geschonden norm of de kwalitatieve aansprakelijkheid niet is te beschermen tegen deze schade. Bij deze eerste grens aan aansprakelijkheid werk ik met de termen het doel van de norm en de met de norm beoogde bescherming en niet met term de strekking van de norm. Het doel van de geschonden norm is vooral een feitelijk gegeven, de strekking is een juridische constructie die zodanig vorm wordt gegeven dat een redelijke begrenzing aan aansprakelijkheid wordt bereikt. Om deze reden is van belang te weten wat de betekenis is van het doel van de geschonden norm bij de begrenzing van aansprakelijkheid. Deze grens aan aansprakelijkheid heb ik in dit hoofdstuk voor de verschillende gronden van aansprakelijkheid behandeld (§ 8.1).

In het geval van aansprakelijkheid vanwege een gepleegde onrechtmatige daad, spreekt het afgrenzen van aansprakelijkheid aan de hand van het doel van de geschonden norm niet voor zichzelf. Het gegeven dat de laedens zich rechte anders had dienen te gedragen en de schade dan niet zou zijn ontstaan, geeft immers een zekere rechtvaardiging om de laedens voor deze schade aansprakelijk te houden. Het feit dat de norm een ander doel diende, doet er niet aan af dat de norm gold en ook in de concrete omstandigheden door de laedens nageleefd had dienen te worden. In de literatuur is geen duidelijke rechtvaardiging gegeven voor het begrenzen van aansprakelijkheid aan de hand van het doel van de geschonden norm. Ik heb betoogd dat in de combinatie van het gegeven dat met de norm niet beoogd is te beschermen tegen de schade zoals geleden en het gegeven dat dezelfde schade meer in het algemeen rechtmatig kan worden toegebracht, de reden ligt waarom aansprakelijkheid voor deze schade zich niet laat rechtvaardigen (§ 8.2). Om twee verschillende, soms samenvallende, redenen is het nodig om deze grens aan aansprakelijkheid te nuanceren. In de eerste plaats kan, net zoals bij de andere in hoofdstuk 9 t/m 11 te bespreken grenzen, de door de onrechtmatige daad veroorzaakte schadesituatie een zodanige gelijkenis vertonen met de schadesituaties waartegen met de geschonden norm wel beoogd is te beschermen, dat het onredelijk zou zijn om aansprakelijkheid te begrenzen aan de hand van de met de geschonden norm beoogde bescherming. Om, uitgaande van het wettelijke relativiteitsvereiste, toch aansprakelijkheid te kunnen aannemen, bleek in de jurisprudentie de strekking van de geschonden norm ruimer te worden uitgelegd dan de met de geschonden norm beoogde bescherming. In de tweede plaats is het mogelijk dat niet meer in het algemeen dezelfde schade op eenzelfde wijze rechtmatig kan worden toegebracht. Onder meer kan dat het geval zijn omdat in de voorliggende situatie en meer in het algemeen steeds een norm van ongeschreven recht beschermt tegen de schade zoals geleden. In de jurisprudentie bleek dat in deze situaties soms met gekunstelde redeneringen (het belang van de gelaedeerde is rechtstreeks geschaad, het belang van de gelaedeerde is een afgeleid belang) ontkomen wordt aan de begrenzing van aansprakelijkheid aan de hand van het doel van de geschonden norm. Mijns inziens is in deze situaties beter om aansprakelijkheid te baseren op de norm van ongeschreven recht. In de doctrine wordt niet algemeen erkend dat op deze twee manieren de met de norm beoogde bescherming bereikte grens aan aansprakelijkheid wordt genuanceerd. Wel wordt in de doctrine de correctie-Langemeijer gezien als correctief op deze grens. Minder duidelijk is waarom en in welke gevallen het gegeven dat sprake is van de schending van een wettelijke plicht waarmee niet beoogd is te beschermen tegen de schade zoals geleden, wel eraan kan bijdragen dat een norm van

ongeschreven recht geldt waarmee wel beoogd is te beschermen tegen de schade zoals geleden. Ik heb betoogd dat ongelukkig is om de gevallen waarin de correctie-Langemeijer wordt toegepast te beschouwen als het corrigeren van het relativiteitsvereiste. Door deze gevallen te zien als de reguliere toepassing van zorgvuldigheidsnormen verkrijgt men inzicht in de redenen waarom het bestaan van zo'n wettelijke plicht kan bijdragen aan de gelding van de norm van ongeschreven recht (§ 8.3).

Ook in het geval van kwalitatieve aansprakelijkheid wordt aansprakelijkheid begrensd aan de hand van het doel van de kwalitatieve aansprakelijkheid. Omdat aansprakelijkheid niet wordt gekoppeld aan de schending door de laedens van een norm, spreekt deze begrenzing hier vanzelf. Zij valt grotendeels samen met in de verschillende grondslagen voor kwalitatieve aansprakelijkheid opgenomen voorwaarden voor het bestaan van een schadevergoedingsverplichting (§ 8.4).

Ook in het geval van aansprakelijkheid wegens wanprestatie wordt aansprakelijkheid begrensd aan de hand van het doel van de geschonden norm. Het doel van de geschonden norm dient hierbij te worden vastgesteld op de wijze die ik in § 7.5 heb beschreven. In het bijzonder geldt dat het doel van overeengekomen normen ter zake van gevolgschade wordt bepaald door hetgeen partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs hebben begrepen en mochten begrijpen over de voordelen die de schuldeiser met de prestatie beoogde te verkrijgen en/of de nadelen die de schuldeiser met de prestatie beoogde te vermijden. De voorzienbaarheid van schade ten tijde van het aangaan van de overeenkomst heeft hierop belangrijke invloed (§ 8.5).

In het gedachtegoed van Pothier, dat ten grondslag lag aan art. 1283 (oud) BW, lag het waardevolle inzicht besloten dat een schuldenaar in het algemeen niet verondersteld kan worden zich te hebben willen verbinden om ook de schade te vergoeden die ten tijde van het aangaan van de overeenkomst niet als gevolg van een wanprestatie kon worden voorzien en dat daarom de schuldenaar niet voor deze schade aansprakelijk dient te zijn. Om verschillende redenen is het beter dit inzicht in te bedden in de met de norm beoogde bescherming (§ 8.6).

De begrenzing van aansprakelijkheid aan de hand van het doel van de geschonden norm laat zich in allerlei situaties niet bereiken door de in hoofdstuk 9 t/m 11 te behandelen grenzen (§ 8.7).

9.1 Inleiding

430. Soms wordt door een onrechtmatige daad of een wanprestatie schade veroorzaakt, terwijl deze schade op een vergelijkbare wijze rechtmatig toegebracht had kunnen worden. Indien zich niet positief laat vaststellen dat met de geschonden norm beoogd is te beschermen tegen de schade zoals geleden, kan uit deze mogelijkheid om de schade rechtmatig toe te brengen, volgen dat geen sprake is van een toereikend normatief verband tussen de onrechtmatige daad of wanprestatie en de schade en deze schade daarom niet vergoed behoeft te worden.

Deze grens laat zich met de volgende casus illustreren. Een bank verstreekte krediet voor de aankoop van een vastgoedportefeuille en verkreeg als zekerheid hypotheekrechten op de gekochte onroerende goederen. Voorafgaand aan deze transactie had de bank een taxateur de waarde daarvan laten vaststellen. Toen de kredietnemer zijn verplichtingen niet nakwam, zag de bank zich gedwongen de gehele vastgoedportefeuille executoriaal te laten verkopen. Inmiddels was echter de vastgoedmarkt ingestort. De opbrengst van de executoriale verkoop was mede hierom onvoldoende om het krediet af te lossen. Verhaal door de bank op de kredietnemer was verder niet mogelijk. De bank sprak de taxateur aan tot schadevergoeding op de grond dat deze de waarde van de vastgoedportefeuille op onzorgvuldige wijze te hoog had vastgesteld. De bank voerde aan dat zij bij een juiste waardering überhaupt geen krediet zou hebben verstrekt. De schade waarvan de bank vergoeding vorderde bestond uit (i) het verschil tussen de door de taxateur vastgestelde waarde van de vastgoedportefeuille en de werkelijke waarde op het moment van de waardering en (ii) de vermindering van de werkelijke waarde na de waardering door het instorten van de vastgoedmarkt. Hier is deze tweede schadecomponent van belang. Het House of Lords oordeelde dat voor deze schadecomponent de taxateur niet aansprakelijk was omdat, samengevat, de bank deze schade in het algemeen ook had kunnen lijden zonder een onzorgvuldige waardering en de enkele onzorgvuldige waardering niet rechtvaardigde om het risico van de door de bank aangegane transactie voor rekening van de taxateur te brengen.¹ Naar Nederlands recht zou mijns inziens hetzelfde gelden.

¹ *South Australia Asset Management Corporation v. York Montague Ltd. and Banque Bruxelles Lambert SA v. Eagle Star Insurance Co. Ltd.* [1996] UKHL 10 [1997] AC 191. De redenering is in essentie gelijk aan de door de Hoge Raad gesanctioneerde redenering van het hof in de in nr. 455 te bespreken zaak HR 4 december 2009, NJ 2010/67 m.nt. M.R. Mok (*Nabbe/Staalbankiers*).

In de jurisprudentie en de doctrine wordt in enkele bijzondere casustypen onderkend dat de mogelijkheid dat de door een onrechtmatige daad veroorzaakte schade op een vergelijkbare wijze rechtmatig toegebracht had kunnen worden, kan meebrengen dat voor die schade geen aansprakelijkheid dient te bestaan. In dit hoofdstuk betoog ik dat het in deze casustypen werkzame principe zich laat generaliseren tot een algemene grens aan aansprakelijkheid in het geval van de schending van buitencontractuele en contractuele normen.

Deze grens aan aansprakelijkheid is bovendien nodig vanwege de door mij in hoofdstuk 6 voorgestane toets bij de vaststelling van het vereiste causale verband, waarin voldoende is dat de normschendende gedraging als geheel de schade heeft veroorzaakt.²

431. In het navolgende zet ik eerst uiteen dat het rechtmatig alternatief een beslissende rol speelt bij de beperking van aansprakelijkheid in het geval van het verrichten van een activiteit zonder de daarvoor benodigde vergunning en bij besluiten aansprakelijkheid van de overheid (§ 9.2). Het algemene principe waarmee in deze casustypen aansprakelijkheid wordt begrensd, werk ik vervolgens nader uit voor aansprakelijkheid vanwege onrechtmatige daad. Ik bespreek waarom en wanneer zich niet laat rechtvaardigen om aansprakelijkheid te laten bestaan voor schade die op een vergelijkbare wijze rechtmatig toegebracht had kunnen worden (§ 9.2). Vervolgens behandel ik deze grens van het rechtmatig alternatief voor aansprakelijkheid wegens wanprestatie (§ 9.4). Daarna beschrijf ik hoe deze grens van het rechtmatig alternatief zich verhoudt tot de leer van Demogue-Besier (§ 9.5). De meerwaarde van deze grens ten opzichte van de andere grenzen aan de reikwijdte van aansprakelijkheid bespreek ik daarna (§ 9.6). Ik sluit af met een samenvatting (§ 9.7).

9.2 Onrechtmatige daad: ontbreken vergunning en foutieve besluiten

432. In de jurisprudentie speelt de grens van het rechtmatig alternatief voor door een onrechtmatige daad veroorzaakte schade in twee groepen casus een prominente rol. In de eerste plaats in de situaties waarin een activiteit wordt ondernomen zonder de daarvoor vereiste vergunning. In de tweede plaats in het geval van aansprakelijkheid van de overheid voor genomen besluiten. Deze casustypen en de rol van het rechtmatig alternatief bij de begrenzing van aansprakelijkheid bespreek ik in § 9.2.1 en 9.2.2 achtereenvolgens.³

² Zie nader § 6.2.6.

³ Overigens zijn het juist deze twee casustypen die in de vorige eeuw bij ons hebben geleid tot de invoering van de relativiteitsleer: Van Geleijn Vitranga had met name casus van dit eerste type op het oog (zie nr. 61) en in HR 25 mei 1928, *NJ* 1928/1688 m.nt. E.M. Meijers (*De Marchant et d'Ansembourg/Staat*) was een casus van het tweede type aan de orde (zie nr. 62).

9.2.1 *Aansprakelijkheid wegens het handelen in strijd met een vergunningsplicht*

Inleiding

433. Vergunningenstelsels zijn veelal zodanig ingericht dat als hoofdregel het ondernemen van een bepaalde activiteit als geheel verboden is, en op deze hoofdregel een uitzondering geldt indien een vergunning is verleend. In het hier van belang zijnde casustype onderneemt de laedens zonder vergunning zo'n verboden activiteit, lijdt de gelaedeerde ten gevolge daarvan schade, maar had de laedens op zichzelf wel een vergunning kunnen verkrijgen en zou hij in dat geval dezelfde schade rechtmatig hebben toegebracht.

Jurisprudentie en literatuur

434. Volgens consistente jurisprudentie van de Hoge Raad is de vergunningsplichtige laedens in zo'n geval niet aansprakelijk voor de veroorzaakte schade, omdat de laedens geen onrechtmatige daad pleegt, ondanks dat hij handelt in strijd met een wettelijke plicht.

In de zaak *IDN/SWU*⁴ oordeelde de Hoge Raad dat 's hofs afwijzing van de door IDN gevorderde verklaring voor recht dat SWU onrechtmatig handelde, gedragen kon worden door de vaststelling van het hof dat "(...) onvoldoende [door IDN] is gesteld om aan te nemen dat SWU in de periode dat zij nog geen vergunning had, niet voldeed aan de eisen voor het verkrijgen van een vergunning zoals die haar later is verleend" (rov. 3). Voor de gevallen waarin een vergunning kan worden verleend waarbij specifieke, op het geval afgestemde, eisen worden gesteld, oordeelde de Hoge Raad in het arrest *EBS/Groenewegen Agro*⁵ dat "(...) niet het handelen zonder de vereiste vergunning als zodanig onrechtmatig is, maar dat voor onrechtmatigheid bovendien vereist is dat sprake is van zodanig handelen dat niet is voldaan aan de eisen voor het verkrijgen van een vergunning zoals die later is verleend"⁶ (rov. 3.5.1). In *Afvaloven Nee/Omrin*⁷ oordeelde de Hoge Raad dat "[i]ndien een vergunning wordt verleend waarbij het betrokken handelen wordt toegestaan, is dat handelen dus geoorloofd te achten vanuit het oogpunt van de belangen die het vergunningvereiste beoogt te beschermen. Dat betekent dat in het geval dat met voldoende mate van zekerheid is te verwachten dat een vergunning zal worden verleend waarbij het betrokken handelen wordt toegestaan (...) ervan kan worden uitgegaan dat dit handelen in dit opzicht geoorloofd is." (rov. 3.4) In *Deve Pluimveebedrijf/B c.s.*⁸ oordeelde de Hoge Raad dat "het beschikken over of juist het ontbreken van een publiekrechtelijk vereiste vergunning niet zonder meer bepalend [is] voor het antwoord op de vraag of jegens een bepaalde derde sprake is geweest van onrechtmatige hinder" (rov. 3.3.2). In deze vier arresten oordeelde de Hoge Raad dat het verrichten van een activiteit zonder de vereiste vergunning en het aldus schenden van een wettelijk verbod op die activiteit, onvoldoende is om het verrichten van die activiteit als onrecht-

4 HR 19 juni 1987, *NJ* 1988/91 m.nt. W.C.L. van der Grinten (*IDN/SWU*).

5 HR 3 november 2000, *NJ* 2001/108 m.nt. A.R. Bloembergen (*EBS/Groenewegen Agro*).

6 Vgl. ook HR 17 september 1982, *NJ* 1983/278 m.nt. M. Scheltema (*Zegwaard/Knijnenburg*): "Wanneer iemand in strijd met art. 2 Hinderwet zonder vergunning de in dat artikel genoemde handelingen verricht, zijn deze handelingen onrechtmatig tegenover de eigenaren van aangrenzende percelen die daarvan hinder of overlast ondervinden."

7 HR 2 september 2011, *NJ* 2011/392 (*Afvaloven Nee/OMRIN*).

8 HR 16 juni 2017, *NJ* 2017/265 (*Deve Pluimveebedrijf/B.*).

matig te bestempelen: van onrechtmatig handelen is eerst sprake indien, kortweg, de activiteit niet door een vergunning kan worden gedekt. Opgemerkt zij dat deze oordelen van de Hoge Raad betrekking hadden op vergunningen in de economische en omgevingsrechtelijke sfeer.

435. Ook in de summiere literatuur over dit onderwerp wordt aangenomen dat het enkele ondernemen van een bepaalde activiteit zonder over de vereiste vergunning te beschikken, niet aansprakelijk maakt voor de daardoor veroorzaakte schade.

Groen schreef in zijn dissertatie in het algemeen: “*Wordt er gehandeld zonder vergunning, maar voldoet de niet-vergunninghouder aan alle eisen, gesteld voor het verkrijgen van de vergunning, dan kan hij zich met succes tegen aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad verweren.*”⁹ Grundmann-van de Krol schreef ter zake van vergunningen op het gebied van financiële toezichtgeving dat voor de door het zonder zo’n vergunning verrichten van een bepaalde activiteit veroorzaakte schade eerst aansprakelijkheid bestaat indien de laedens geen vergunning had kunnen krijgen vanwege het niet willen of kunnen voldoen aan de vergunningsvereisten en/of de regels voor vergunninghouders.¹⁰ Niet altijd wordt dit uitgangspunt gehanteerd; in de oudere literatuur is bijvoorbeeld veelvuldig gediscussieerd over de vraag of een bestuurder van een motorvoertuig die niet beschikt over het benodigde rijbewijs en betrokken raakt bij een aanrijding, voor de veroorzaakte schade aansprakelijk dient te zijn op de enkele grond dat deze bestuurder zich vanwege het niet beschikken over een rijbewijs niet met het motorvoertuig op de openbare weg had mogen begeven.¹¹

Rechtvaardiging van de begrenzing van aansprakelijkheid

436. Dat de laedens niet aansprakelijk is voor de gevolgen van het in strijd met de wet verrichten van een bepaalde activiteit in het geval dat deze activiteit met vergunning rechtmatig verricht had kunnen worden, laat zich goed verklaren. De wet staat in deze gevallen toe om activiteiten te verrichten waarmee schade wordt, of kan worden, toegebracht, zij het onder de voorwaarde dat een vergunning is verleend.¹² Het door de wet verlangen van een vergunning voor een bepaalde activiteit heeft dan kennelijk niet tot doel om de schade te voorkomen die ontstaat of zou kunnen ontstaan ingeval de activiteit met vergunning wordt ondernomen. Het toebrengen van die schade door het verrichten van die activiteit is immers door de wet toegestaan ingeval daarvoor een vergunning is verleend. Het doel van de geschonden norm laat zich hier als het ware op indirecte wijze vaststellen door te beschouwen in welke situaties dezelfde schade op eenzelfde wijze rechtmatig kan worden toegebracht.

Een dergelijke redeneerwijze werd in 1951 al door Ph.A.N. Houwing naar voren gebracht:

9 Groen 1977, p. 17.

10 Grundmann-van de Krol 2012, p. 819. Zie ook haar annotatie (onder randnummer 11) bij Hof Arnhem 7 februari 2006, *JOR* 2006/78 (*Van Dop/Klaassen*).

11 Zie onder meer: Slagter 1952, p. 307, 308; Van Schellen 1972, p. 69, 70; en Kerkmeester & Visscher 1999, p. 838. De casus waarbij een schip onbevoegd maar wel bekwaam werd bestuurd en een aanvaring ontstond deed zich voor in *Koninklijke Rotterdamsche Lloyd NV v. Western Steamship Co. Ltd. (The Empire Jamaica)* [1957] *AC* 386, [1956] 3 *All ER* 14. Zie ook HR 6 oktober 2011, *NJ* 2012/405 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Van den Hoek/Pots*) waarin niet geheel duidelijk wordt of een vergunning verkregen had kunnen worden.

12 Opgemerkt zij dat het enkele handelen met vergunning niet dat handelen rechtmatig doet zijn.

“[u]it den maatstaf, waarnaar ingevolge de wet een verzoek om ontheffing van een verbod beoordeeld moet worden, zal juist veelal de strekking van dat verbod blijken.”¹³

In *Afvaloven Nee/OMRIN* bracht de Hoge Raad deze gedachtegang fraai onder woorden in zijn oordeel dat indien achteraf blijkt dat het handelen kan worden gedekt door een vergunning

“(…) dat handelen dus geoorloofd [is] te achten vanuit het oogpunt van de belangen die het vergunningvereiste beoogt te beschermen”.

437. Het langs indirecte weg vaststellen van het doel van de geschonden norm aan de hand van het gegeven dat dezelfde schade evengoed met vergunning kan worden toegebracht, maakt dat het niet meer nodig is om op directe wijze, bijvoorbeeld aan de hand van de wetsgeschiedenis, na te gaan wat de met de geschonden norm beoogde bescherming is. Doorgaans laat zich in deze situatie ook niet langs een directe weg vaststellen dat niet beoogd is te beschermen tegen schade die evengoed ook met vergunning kan worden toegebracht.¹⁴ Om deze reden is deze indirecte weg van belang.

Moeilijker liggende casusposities

438. Het vaststellen van de precieze reikwijdte van de betekenis van de mogelijkheid om dezelfde schade rechtmatig toe te kunnen brengen, geeft tot enige moeilijkheden aanleiding. Mogelijk is bijvoorbeeld dat de laedens vanwege zijn bijzondere eigenschappen of omstandigheden geen vergunning had kunnen krijgen voor het verrichten van de activiteit waarmee de schade is toegebracht, maar meer in het algemeen zo'n vergunning wel had kunnen worden gegeven voor de activiteit die door de laedens werd verricht en dezelfde schade door een ander dan de laedens dus ook rechtmatig toegebracht had kunnen worden.

Te denken valt aan een beleggingsonderneming die in strijd met art. 2:96 Wft zonder vergunning beleggingsdiensten verricht. Stel dat de benodigde vergunning niet is verleend omdat het beleid van de onderneming niet wordt bepaald door personen wier betrouwbaarheid buiten twijfel staat (art. 2:99 in verbinding met 4:10 Wft). Mogelijk is dat schade ontstaat omdat door een advies van de onderneming een cliënt een belegging doet en daarop vervolgens verlies lijdt. Wanneer tussen de reden voor het niet verlenen van de vergunning en het beleggingsadvies geen verband bestaat, en het beleggingsadvies ook overigens niet onzorgvuldig is gegeven, is goed denkbaar dat ook een andere beleggingsonderneming die wel de benodigde vergunning heeft, hetzelfde advies zou hebben gegeven en dan dezelfde schade, maar dan rechtmatig, zou zijn veroorzaakt. Brengt dat nu mee dat de laedens niet aansprakelijk dient te zijn? Eenzelfde probleem doet zich voor wanneer een zestienjarige zich met een personenauto op de openbare weg begeeft en, zonder dat dit te wijten is aan het rijgedrag van deze persoon, een aanrijding met een ander motorvoertuig ontstaat. Indien zich laat vaststellen dat dezelfde aanrijding waarschijnlijk ook zou zijn ontstaan

13 Zie zijn annotatie bij HR 5 januari 1951, *NJ* 1951/494 m.nt. Ph.A.N. Houwing (*Grofru*).

14 In de in nr. 434 besproken arresten wordt in ieder geval geen gebruik gemaakt van een daadwerkelijk blijkende bedoeling van de wetgever.

bij bevoegde besturing van de personenauto, rijst de vraag of dat gegeven maakt dat geen aansprakelijkheid voor de veroorzaakte schade meer dient te bestaan.¹⁵

In deze gevallen is minder duidelijk of aansprakelijkheid dient te worden begrensd. Enerzijds kan men nog steeds betogen dat het doel van de norm in het algemeen kennelijk niet is te beschermen tegen de schade zoals geleden: precies dezelfde schade kan op eenzelfde wijze ontstaan ook als wel de vereiste vergunning is verleend. Anderzijds heeft in deze situaties waarin aan de laedens vanwege zijn bijzondere eigenschappen of omstandigheden geen vergunning zou zijn verleend, het schenden van de norm een groter gewicht dan in het geval waarin de laedens niet beschikt over de benodigde vergunning, maar daarover wel had kunnen beschikken. Naar ik meen is doorgaans goed verdedigbaar dat met de geschonden norm ook beoogd is te beschermen tegen schade die de laedens, die vanwege zijn bijzondere eigenschappen of de omstandigheden waarin hij verkeerde geen vergunning kon verkrijgen, niet zou hebben toegebracht indien hij de activiteit waarvoor de vergunning vereist was niet zou hebben verricht.

In nr. 444 zal blijken dat deze moeilijkheid van bepaling van de grens van de betekenis van het rechtmatig alternatief zich ook voordoet bij besluiten aansprakelijkheid. In § 9.3.3 en 9.3.4 bespreek ik in het algemeen voor dergelijke moeilijk liggende casusposities of de mogelijkheid om dezelfde schade rechtmatig toe te brengen ertoe dient te leiden dat de laedens daarvoor niet aansprakelijk is.

De dogmatische inbedding

439. Niettegenstaande de relatieve consensus in de normaaltypische gevallen over de hiervoor beschreven grens aan aansprakelijkheid, lopen de opvattingen behoorlijk uiteen over de aangewezen dogmatische route om de gewenste uitkomst te verkrijgen. In de rechtspraak en de literatuur zijn diverse vereisten voor aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad hiervoor ingezet: onrechtmatigheid, relativiteit, causaal verband en schade.

De Hoge Raad plaatst deze grens, blijkens zijn hiervoor beschreven rechtspraak, in de sleutel van de onrechtmatigheid. Wetssystematisch is deze keuze minder fraai. De bewoordingen van art. 6:162 BW maken immers duidelijk dat de schending van een wettelijke plicht een onrechtmatige daad is. Het stellen van aanvullende eisen is daarmee in strijd.¹⁶ Het onrechtmatigedaadsrecht wordt hierdoor gecompliceerd, omdat de ene keer de schending van een wettelijke plicht een onrechtmatige daad oplevert, terwijl de andere keer aanvullende eisen worden gesteld.

15 In de literatuur over de leer van Demogue-Besier is over deze casus precies om die reden uitvoerig gedebatteerd, zie: Van Geleijn Vitringa 1919, p. 31, 32; Telders 1929a, p. 169; Wolfsbergen 1929, p. 474; Wertheim 1930, p. 131; Slagter 1952, p. 307, 308; Van Schellen 1972, p. 69. Kerkmeester & Visscher 1999, p. 836, 383 schrijven dat in zo'n geval waarbij iemand niet te weinig zorg betracht, maar het onwenselijk is dat deze activiteit door die persoon wordt verricht, reden is om die persoon aansprakelijk te houden: "*Als een activiteit zo gevaarlijk is dat vanuit maatschappelijk oogpunt niet kan worden volstaan met het betrachten van extra zorg, kan risicoaansprakelijkheid er toe bijdragen dat de potentiële laedens de frequentie van zijn activiteit terugbrengt.*"

16 Zou men aan het verbod een andere uitleg geven, bijvoorbeeld dat slechts het verrichten van de activiteit is verboden indien en voor zover daarvoor geen vergunning kan worden gegeven, dan is geen sprake van strijd met het wettelijk systeem, zie hierover nader nr. 307.

In de literatuur en de lagere rechtspraak is deze grens aan aansprakelijkheid tot uitdrukking gebracht in de vereisten van causaal verband en schade.

Zo schreef bijvoorbeeld Van Gelein Vitringa: “En nu zou het bloot verzuim om een vergunning te vragen, die, ware zij gevraagd, niet had kunnen worden geweigerd, aanspraak geven op schadevergoeding? (...) De oplossing ligt, meen ik, hierin, dat (...) elk verband ontbreekt tusschen de onrechtmatigheid der handeling en de schade die zij veroorzaakt. Niet het oprichten van een fabriek is onrechtmatig, maar dat doen zonder vergunning der overheid. Op ontstaan en omvang der schade echter heeft het al of niet ontbreken der vergunning niet den minsten invloed.”¹⁷ Grundmann-van de Krol plaatst het in – de keerzijde van het *condicio-sine-qua-non*-verband – het vereiste van het bestaan van schade: “indien een vermogensbeheerder zonder vergunning (formeel criterium) zich bij de uitoefening van zijn vermogensbeheer wel heeft gehouden aan de op een vermogensbeheerder van toepassing zijnde zorgplicht (materieel criterium) zal niet snel sprake zijn van schade.”¹⁸ De gedachte van Grundmann-van de Krol is dat hetzelfde gebeurd zou zijn als de vermogensbeheerder wel een vergunning zou hebben gehad en dus geen schade is ontstaan ten gevolge van het ontbreken van de vergunning.

Ook het plaatsen van deze grens in het vereiste van causaal verband en/of de aanwezigheid van schade is weinig gelukkig. In § 6.2 heb ik betoogd dat bij de toetsing of het vereiste causale verband aanwezig is, het normschendend doen bij de constructie van de hypothetische situatie niet mag worden gesubstitueerd door normconform doen. Een dergelijke substitutie leidde soms weliswaar op een elegante wijze tot een wenselijke begrenzing van aansprakelijkheid, maar in andere gevallen werd op deze wijze tot een te scherpe begrenzing van aansprakelijkheid gekomen. Om deze reden was het mijns inziens beter om bij de toetsing van het vereiste causale verband niet toe te staan dat bij de constructie van de hypothetische situatie het onrechtmatige doen wordt gesubstitueerd door rechtmatig doen. Om die reden dient mijns inziens in het geval waarin een zonder vergunning verboden activiteit wordt verricht, bij de toetsing van het causale verband uit te worden gegaan van een hypothetische situatie waarin het verrichten van die activiteit wordt weggedacht.

440. Houwing heeft deze problematiek in het relativiteitsvereiste geplaast: volgens hem kon de strekking van een verbod blijken uit de maatstaf waarnaar de ontheffing van het verbod wordt beoordeeld.¹⁹ Naar ik meen is dit een gelukkige inbedding in het systeem van de wet. Evengoed kan deze grens wanneer het gaat om de omvang van aansprakelijkheid in het toerekeningsvereiste tot uitdrukking worden gebracht.

17 Van Gelein Vitringa 1919, p. 33. Ook Wolfsbergen 1946, p. 99 redeneerde aldus. In deze zin ook *Koninklijke Rotterdamsche Lloyd NV v. Western Steamship Co. Ltd. (The Empire Jamaica)* [1957] AC 386, [1956] 3 All ER 14 en daarover uitvoerig Hart & Honoré 1985, p. XXXVII, LVIII en 119.

18 JOR-annotatie (onder randnummer 11) bij Hof Arnhem 7 februari 2006, JOR 2006/78 (*Van Dop/Klaassen*). Grundmann-van de Krol 2012, p. 819 legt weer meer de nadruk op het *condicio-sine-qua-non*-verband.

19 Zie zijn annotatie bij HR 5 januari 1951, NJ 1951/494 m.nt. Ph.A.N. Houwing (*Grofru*). Bloembergen lijkt met deze benadering in te stemmen in zijn annotatie bij HR 3 november 2000, NJ 2001/108 (*EBS/Groenewegen Agro*). Overigens valt hierbij te bedenken dat de aan de orde zijnde schending van een wettelijke plicht tegenover niemand onrechtmatig is, zodat wel te begrijpen valt de opvatting van de Hoge Raad dat überhaupt van een onrechtmatige daad geen sprake is. Hetzelfde verschijnsel zagen wij eerder bij de schending door een bestuursorgaan van de wettelijke plicht om binnen een bepaalde termijn een besluit te nemen, zie nr. 276.

9.2.2 Besluitenaansprakelijkheid

Inleiding

441. De tweede groep casus waarin de grens van het rechtmatig alternatief een essentiële rol speelt, bestaat uit gevallen waarin de overheid aansprakelijk wordt gehouden voor een genomen besluit. Het hier van belang zijnde casustype is het volgende. Een overheid neemt een besluit met als gevolg dat een burger schade lijdt. Het besluit is onrechtmatig omdat het in strijd met de relevante regelgeving is genomen. De bijzonderheid doet zich echter voor dat een besluit met hetzelfde dictum evengoed rechtmatig genomen had kunnen worden en de burger in dat geval dezelfde schade zou hebben geleden.

Zowel de bestuursrechter als de civiele rechter heeft over dergelijke casus geoordeeld.²⁰ Ondanks een opvallend verschil in dogmatische constructie, komen beide rechters in dergelijke casus in beginsel tot het oordeel dat de overheid niet voor de veroorzaakte schade aansprakelijk is. In het navolgende geef ik eerst de jurisprudentie van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State over dit onderwerp weer en vervolgens de jurisprudentie van de Hoge Raad.

Het primaire besluit en het besluit op bezwaar

442. Ter inleiding op deze bespreking verdient enige aandacht op welk besluit de aanspraak op schadevergoeding precies wordt gegrond. Allereerst is er steeds het door een bestuursorgaan genomen primaire besluit. Op grond van art. 7:1 Awb geldt dat waar beroep tegen dat besluit openstaat, in beginsel eerst bezwaar dient te worden gemaakt alvorens beroep kan worden ingesteld. Het maken van bezwaar leidt tot een nieuw besluit: het besluit op bezwaar. Bij de bestuursrechter kan beroep tegen dat besluit worden ingesteld. Indien de bestuursrechter het besluit op bezwaar vernietigt, geldt het besluit op bezwaar als onrechtmatig.²¹ De geleden schade is veelal echter niet het gevolg van het besluit op bezwaar, maar van het primaire besluit. In het algemeen is hierom de onrechtmatigheid van dat primaire besluit wezenlijk voor het bestaan van een schadevergoedingsverplichting van de overheid. In het navolgende bespreek ik daarom de vraag onder welke omstandigheden de onrechtmatigheid van een primair besluit tot aansprakelijkheid voor de door dat besluit veroorzaakte schade leidt.

De benadering van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State

443. Naar het oordeel van de Afdeling kan uit de grond waarop het besluit op bezwaar is vernietigd ook de onjuistheid en daarmee de onrechtmatigheid van het

20 Vóór 1994 diende de burger die aanspraak maakte op schadevergoeding vanwege een besluit zich tot de burgerlijke rechter te wenden, sinds 1994 kon ook de bestuursrechter op grond van art. 8:73 (oud) Awb schadevergoeding toekennen in het geval van een onrechtmatig besluit, en per 1 juli 2013 is in titel 8.4 Awb een schadevergoedingsregeling opgenomen met daarin een nadere bevoegdheidsafbakening.

21 Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 745 e.v.; Scheltema & Scheltema 2013, p. 355.

primaire besluit volgen: dat is het geval wanneer aan het primaire besluit ook het gebrek kleeft dat reden was tot vernietiging van het besluit op bezwaar.²²

Wanneer aldus de onrechtmatigheid van het primaire besluit vast is komen te staan, dient beoordeeld te worden of dat besluit tot schade heeft geleid en of deze schade toerekenbaar is. De Afdeling hanteerde voor deze beoordeling tot eind 2016 de volgende formule:

“[v]an schade, geleden ten gevolge van een onrechtmatig besluit is slechts sprake indien deze hiermee in een zodanig verband staat, dat zij aan het bestuursorgaan, dat het besluit heeft genomen, mede gezien de aard van de aansprakelijkheid en van de schade, als een gevolg van dat besluit moet worden toegerekend. Dat is niet het geval, indien ten tijde van het nemen van het rechtens onjuiste besluit een rechtmatig besluit zou hebben kunnen worden genomen, dat naar aard en omvang eenzelfde schade tot gevolg zou hebben gehad.”²³

In deze benadering van de Afdeling maakte het gegeven dat de ontstane schade ook veroorzaakt had kunnen worden door het nemen van een rechtmatig besluit, dat de overheid niet voor deze schade aansprakelijk was. Opvallend is dat de precieze dogmatische constructie door de Afdeling in het midden werd gelaten: in zo'n geval was volgens haar ofwel niet voldaan aan het vereiste van causaal verband ofwel kon de schade niet worden toegerekend. Dat de Afdeling dit in het midden liet is niet geheel onbegrijpelijk: de grens tussen feitelijk causaal verband en toerekening hangt van de precieze interpretatie van het causaliteitsvereiste af.²⁴

444. Een hier van belang zijnde complicatie deed zich voor, wanneer voor het nemen van een rechtmatig primair besluit met hetzelfde dictum noodzakelijk was dat eerst een ander besluit werd genomen of eerst een andere handeling werd verricht.

Om een vergunning rechtmatig te kunnen verlenen, kan bijvoorbeeld een wijziging van het bestemmingsplan noodzakelijk zijn. De complicatie dat eerst een ander besluit genomen dient te worden, kan zich in allerlei varianten voordoen: mogelijk is dat het andere besluit door hetzelfde bestuursorgaan genomen dient te worden, of door een ander bestuursorgaan van hetzelfde overheidslichaam of door een ander bestuursorgaan van een ander overheidslichaam.

Ter zake van dergelijke complicaties oordeelde de Afdeling tot eind 2016:

“Indien tussen het moment van het nemen van het rechtens onjuiste besluit en dat, waarop een rechtmatig besluit zou hebben kunnen worden genomen tijd ligt, omdat [bijvoorbeeld] voor het nemen van het rechtmatige besluit bepaalde procedurele stappen moesten of zouden moeten

22 ABRvS 15 december 2004, *JB* 2005/58 m.nt. R.J.N. Schlössels (*Lange Raarberg*), rov. 2.3.1; ABRvS 15 december 2004, *Gst.* 2005/75 (*Ameland*), rov. 2.8.1. Zie hierover ook: Di Bella 2014, p. 47 en Scheltema & Scheltema 2013, p. 357.

23 ABRvS 15 december 2004, *JB* 2005/58 m.nt. R.J.N. Schlössels (*Lange Raarberg*), rov. 2.3; ABRvS 15 december 2004, *Gst.* 2005/75 (*Ameland*), rov. 2.8. Vgl. ABRvS 1 september 2004, *JB* 2004/353 m.nt. R.J.N. Schlössels (*Nieuwegein*); ABRvS 29 september 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AR2885 (*Marktverordening Oud-West*); ABRvS 30 maart 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP9568 (*Schakelstation*); ABRvS 26 november 2015, ECLI:NL:RVS:2014:4316. Deze rechtspraak is ontwikkeld in het kader van het tot 1 juli 2013 geldende art. 8:73 (oud) Awb.

24 Zie § 6.2.5.

*worden genomen, kan schade die gedurende deze periode wordt geleden, worden toegerekend aan het rechtens onjuist bevonden besluit en komt deze in beginsel voor vergoeding in aanmerking.*²⁵

Hier lag dus een grens aan de betekenis van het rechtmatig alternatief. De aansprakelijkheid van de overheid voor een onrechtmatig besluit werd in de rechtspraak van de Afdeling begrensd indien en voor zover de overheid op het moment waarop het onrechtmatige besluit is genomen *daadwerkelijk* in staat was om een rechtmatig besluit te nemen waarmee dezelfde schade zou zijn veroorzaakt. Niet voldoende voor het begrenzen van aansprakelijkheid was dat de overheid ten tijde van het nemen van het onrechtmatige besluit in *theorie* met een rechtmatig besluit dezelfde schade had kunnen veroorzaken. Het verschil is subtiel: wanneer het bestuursorgaan eerder met de voorbereiding was begonnen had de overheid ook daadwerkelijk de schade met een rechtmatig besluit kunnen veroorzaken. Dat gegeven was volgens de Afdeling onvoldoende om de overheid aan aansprakelijkheid te laten ontkomen. Deze nuance bij het begrenzen van aansprakelijkheid vertoont grote gelijkennis met het in nr. 438 behandelde probleem dat de laedens die schade toebrengt met het zonder de benodigde vergunning verrichten van een bepaalde activiteit en de laedens door zijn of haar bijzondere eigenschappen of omstandigheden zelf die vergunning niet had kunnen verkrijgen, maar in het algemeen voor dergelijke activiteiten wel een vergunning wordt verleend.

445. Eind 2016 is de Afdeling omgegaan en heeft hij aansluiting gezocht bij de, in nr. 448 te bespreken, door de Hoge Raad gehanteerde causaliteitstoets.²⁶ De Afdeling oordeelde:

“In aansluiting op het arrest van de Hoge Raad [inzake Hengelo/Wevers²⁷] overweegt de Afdeling het volgende. Omdat het besluit van 4 september 2012 (onherroepelijk) is vernietigd, kan [eiseres] op grond van onrechtmatige daad aanspraak maken op vergoeding van de schade die zij daardoor lijdt. Indien aannemelijk is dat het algemeen bestuur een rechtmatig besluit zou hebben genomen dat naar aard en omvang dezelfde schade tot gevolg zou hebben gehad, dan heeft [eiseres] geen schade geleden door het besluit van 4 september 2012. Dat een dergelijk besluit zou zijn genomen, zal in beginsel kunnen worden aangenomen als het algemeen bestuur, na vernietiging, opnieuw beslist en een vergelijkbare markt instelt en dat besluit onherroepelijk wordt, maar kan ook worden afgeleid uit andere omstandigheden.”

De Afdeling heeft hierbij uitdrukkelijk overwogen dat voor het antwoord van de vraag of voldaan is aan het causaliteitsvereiste niet maatgevend is of het bestuursorgaan rechtmatig een besluit met hetzelfde rechtsgevolg had kunnen nemen, maar of aannemelijk is dat het bestuursorgaan dit ook zou hebben gedaan. In deze toets is het bestaan van een rechtmatig alternatief om dezelfde schade daadwerkelijk toe te brengen op zichzelf niet voldoende voor de begrenzing van

25 ABRvS 15 december 2004, *JB* 2005/58 m.nt. R.J.N Schlössels (*Lange Raarberg*), rov. 2.3.1; ABRvS 15 december 2004, *Gst.* 2005/75 (*Ameland*), rov. 2.8.1.

26 ABRvS 28 december 2016, *Gst.* 2017/51 m.nt. R.D. Boesveld (*Biolicious/Amsterdam*) en vervolgens ABRvS 25 januari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:162 (*MCR/Culemborg*).

27 HR 3 juni 2016, *NJ* 2016/291 (*Hengelo/Wevers*).

aansprakelijkheid. Wel geldt dat indient voor het bestuursorgaan slechts één rechtmatige handelwijze mogelijk was, in deze toets niet wordt bepaald of het bestuursorgaan ook op die wijze zou hebben gehandeld maar een dergelijke handelwijze wordt verondersteld.²⁸ Het verschil tussen de beide toetsen is om die reden mijns inziens geringer dan dat het op het eerste gezicht lijkt.

De benadering van de Hoge Raad

446. In de benadering van de Hoge Raad is, anders dan in de benadering van de Afdeling, de onrechtmatigheid van het primaire besluit in het algemeen afhankelijk van de besluitvorming die na de vernietiging van het besluit op bezwaar plaatsvindt.²⁹ Wanneer de bestuursrechtelijke procedure erin heeft geresulteerd dat het primaire besluit uiteindelijk, eventueel na aanpassingen, in stand is gebleven en onherroepelijk is geworden, dient naar het oordeel van de Hoge Raad voor de burgerlijke rechter uitgangspunt te zijn dat het primaire besluit rechtmatig is, ook (zelfs) voor zover de rechtmatigheid wordt beoordeeld naar het tijdstip waarop het besluit is genomen.³⁰ Dat aan het primaire besluit aanvankelijk hetzelfde gebrek kleefde dat reden was tot vernietiging van de beslissing op bezwaar en/of dat het primaire besluit vervolgens is gebaseerd op geheel andere gronden dan aanvankelijk het geval was, doet in deze benadering niet ter zake.

Deze benadering maakt dat wanneer ten tijde van het nemen van het besluit evengoed een rechtmatig besluit met dezelfde gevolgen genomen had kunnen worden, in het algemeen geen aansprakelijkheid zal bestaan voor de gevolgen van het onrechtmatige besluit. Wanneer namelijk op dat moment evengoed een rechtmatig besluit genomen had kunnen worden, zal dat besluit in het algemeen na vernietiging van de beslissing op bezwaar alsnog worden genomen. In zoverre leidt de benadering van de Hoge Raad, ondanks de andere dogmatische inbedding, tot dezelfde resultaten als de voormalige benadering van de Afdeling.

447. Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad volgt mijns inziens niet duidelijk wat het gevolg is voor het primaire besluit indien het, op het moment waarop dat besluit genomen is, niet rechtmatig genomen had kunnen worden, maar het besluit wel op een later moment rechtmatig genomen had kunnen worden. Enerzijds is denkbaar om dan alsnog van de rechtmatigheid van het aanvankelijk genomen besluit uit te gaan.³¹ Anderzijds is denkbaar om dan te oordelen dat het primaire besluit onrechtmatig is voor zover en voor zolang het niet rechtmatig genomen had kunnen worden. Bij gebreke aan duidelijkheid hieromtrent, zal ik hier verder niet op ingaan.

28 Zie nader § 6.3.2. Aldaar bespreek ik tevens waarom deze toets afwijkt van de reguliere causaliteitstoets.

29 HR 19 december 2008, *NJ* 2009/146 m.nt. M.R. Mok, *JB* 2009/71 m.nt. R.J.N. Schlössels (*Hoogland/Gemeente Rotterdam*) rov. 3.5.2. Zie ook: HR 13 oktober 2006, *NJ* 2007/187 m.nt. M.R. Mok, *AB* 2007/270 m.nt. G.A. van der Veen (*Enschede/Gerridzen*), rov. 4.2.1. Zie hierover ook: Scheltema & Scheltema 2013, p. 356, 357; Di Bella 2014, p. 47, 48; en Van Ravels 2015, p. 691.

30 HR 19 december 2008, *NJ* 2009/146 m.nt. M.R. Mok, *JB* 2009/71 m.nt. R.J.N. Schlössels (*Hoogland/Gemeente Rotterdam*), rov. 3.5.2.

31 Dit werd bepleit door advocaat-generaal Keus in zijn conclusie § 2.9 vóór HR 19 december 2008, *NJ* 2009/146 m.nt. M.R. Mok, *JB* 2009/71 m.nt. R.J.N. Schlössels (*Hoogland/Gemeente Rotterdam*).

448. Indien eenmaal vaststaat dat de overheid door het nemen van een besluit een onrechtmatige daad heeft gepleegd, rijst de vraag hoe getoetst dient te worden of het vereiste causale verband tussen dat besluit en de schade aanwezig is. Op dit punt is sprake van een verschuiving in de jurisprudentie van de Hoge Raad. In *De Marchant et d'Ansembourg/Staat*³² heeft de Hoge Raad geoordeeld dat bij deze causaliteitstoets het onrechtmatige besluit geheel dient te worden weggedacht en het niet ter zake doet of dezelfde schade ook zou zijn ontstaan indien het bestuursorgaan een rechtmatig besluit zou hebben genomen.³³ Naar het mij voorkomt bracht overigens de omstandigheid dat precies dezelfde schade zou zijn ontstaan bij rechtmatig handelen, de Hoge Raad er in *De Marchant et d'Ansembourg/Staat* wel toe om te oordelen dat de geschonden norm niet strekte tot bescherming tegen de schade zoals geleden en daarom geen aansprakelijkheid voor deze schade bestond. Inmiddels is de Hoge Raad op deze soepele causaliteitstoets teruggekomen en heeft hij in recente arresten hogere eisen aan het vereiste causale verband gesteld. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat het causale verband tussen een onrechtmatig besluit en schade niet ontbreekt op de enkele grond dat dezelfde schade ook door een rechtmatig besluit had kunnen worden veroorzaakt, maar dat:

“(…) het bestaan van [het causale] verband [dient] te worden beoordeeld aan de hand van de maatstaf hoe het bestuursorgaan zou hebben beslist (of gehandeld) indien het niet het onrechtmatige besluit had genomen.”³⁴

Als gezegd wordt in deze toets in het geval voor het bestuursorgaan slechts één rechtmatige weg open zou staan – bijvoorbeeld omdat een bepaald procedurevoorschrift gold, zoals het horen van een belanghebbende of het ter inzage leggen van een ontwerpbesluit – verondersteld dat het bestuursorgaan die weg zou hebben gevolgd. Ook bij deze causaliteitstoets kan dus vooral het bestaan van een rechtmatig alternatief van belang zijn.

Rechtvaardiging van de begrenzing van aansprakelijkheid

449. In het voorgaande bleek in uiteenlopende kaders van belang te zijn of de door een onrechtmatig besluit toegebrachte schade ook door een rechtmatig besluit toegebracht had kunnen worden. Naar mijn mening kan het gegeven dat door een rechtmatig besluit dezelfde schade veroorzaakt had kunnen worden, maken dat het niet redelijk zou zijn aansprakelijkheid voor deze schade te laten bestaan. Dit laat zich op eenzelfde wijze beredeneren als waarom het niet redelijk zou zijn om aansprakelijkheid aan te nemen voor schade die is veroorzaakt door een activiteit die is verricht zonder de vereiste vergunning maar waarvoor wel een vergunning verleend had kunnen worden.³⁵ Uitgangspunt is dat de overheid in allerlei gevallen bevoegd is om door het nemen van bepaalde besluiten aan een burger (economische) schade toe te brengen, zonder dat deze burger jegens de overheid aanspraak heeft op vergoeding daarvan. Indien een besluit onrechtmatig

32 HR 25 mei 1928, *NJ* 1928/1688 m.nt. E.M. Meijers (*De Marchant et d'Ansembourg/Staat*).

33 Zie nader nr. 328.

34 HR 6 januari 2017, *NJ* 2017/62 (*UWV/X*), rov. 3.4.4. Zie ook: HR 3 juni 2016, *NJ* 2016/291 (*Hengelo/Weyers*).

35 Zie nr. 436.

is omdat daarmee een voorschrift is geschonden, maar zonder het schenden van het voorschrift een rechtmatig besluit genomen had kunnen worden dat precies dezelfde schade zou hebben veroorzaakt, is het kennelijk niet het doel van het geschonden voorschrift om te beschermen tegen deze schade.

In bijvoorbeeld *De Marchant et d'Ansembourg/Staat* gold een door de Staat genomen besluit als onrechtmatig omdat het ontwerpbesluit niet ter inzage was gelegd. Het hof wees de vordering tot schadevergoeding van *De Marchant et d'Ansembourg* echter af omdat indien het ontwerpbesluit wel ter inzage zou zijn gelegd door *De Marchant et d'Ansembourg* dezelfde schade zou zijn geleden. De Hoge Raad oordeelde dat het hof aldus op een verkeerde wijze de causaliteit toetste, maar niettemin geen verplichting tot schadevergoeding bestond omdat de geschonden norm, die tot het ter inzage leggen van het ontwerpbesluit verplichtte, niet strekte tot bescherming tegen de schade zoals geleden. Waarom de geschonden norm niet een dergelijke strekking had, verklaarde de Hoge Raad niet nader. Naar ik meen ligt het voor de hand om te zeggen dat met de norm die verplicht om een besluit ter inzage te leggen niet beoogd is te beschermen tegen schade die ook bij ter inzagelegging zou ontstaan. Eenzelfde redenering kan men volgen ter rechtvaardiging van het in *UWV/X* niet door het UWV aansprakelijk zijn voor de door X geleden schade.³⁶

Opvallend is dat, evenals bij de vergunningscasus, geworsteld wordt met de dogmatische inbedding; diverse vereisten worden hiervoor in de, zowel bij de Afdeling als de Hoge Raad, wisselende benaderingen gebuikt: onrechtmatigheid, relativiteit, causaal verband en schadetoerekening. In de hiervoor besproken gecompliceerde situaties, waarin voor het door het bestuursorgaan kunnen nemen van een rechtmatig besluit dat tot dezelfde schade zou leiden een daaraan voorafgaand besluit of handeling noodzakelijk is, komt de afweging tussen het wel of niet aannemen van een schadevergoedingsverplichting van de overheid genuanceerd te liggen. Enerzijds geldt ook in dergelijke situaties dat de overheid bevoegd is om de schade zoals geleden toe te brengen: indien de overheid eerder met voorbereidende werkzaamheden zou zijn begonnen, had de overheid de schade rechtmatig kunnen toebrengen. Anderzijds geldt dat de overheid op het moment waarop het besluit is genomen feitelijk niet eenzelfde besluit had kunnen nemen dat dezelfde schade zou hebben toegebracht. Zou de overheid zich er dan wel op kunnen beroepen dat zij in het algemeen wel dergelijke schade rechtmatig kan toebrengen, dan leidt dat tot het weinig bevredigende gevolg dat een onzorgvuldig opererende overheid wel heel makkelijk aansprakelijkheid kan ontlopen.³⁷

36 Zie nr. 328 slot.

37 Zie hierover ook Kortmann 2002, p. 101. Zie ook de kritische annotaties van Schlössels en Mok bij HR 19 december 2008, *NJ* 2009/146 m.nt. M.R. Mok, *JB* 2009/71 m.nt. R.J.N Schlössels (*Hoogland/Gemeente Rotterdam*).

9.3 Onrechtmatige daad: criterium, rechtvaardiging en gevallen

9.3.1 Inleiding

450. In het navolgende zal ik meer in het algemeen uitwerken hoe aansprakelijkheid wordt begrensd aan de hand van het rechtmatig alternatief.³⁸ Voorop kan worden gesteld dat indien positief blijkt dat met de geschonden norm beoogd is om te beschermen tegen de schade zoals geleden, om die reden in beginsel aansprakelijkheid voor de door de normschending veroorzaakte schade dient te bestaan en de schade dus dient te worden toegerekend.³⁹ Het gegeven dat de schade ook rechtmatig toegebracht had kunnen worden, is dan verder niet relevant.

In de volgende casus doet zich dit voor. A maakt een poster waarop B auteursrecht heeft na en schendt daarmee dat auteursrecht. B verkoopt hierdoor minder posters. Aangesproken tot schadevergoeding betoogt A dat hij ook een gelijksoortige, niet-inbreukmakende, poster had kunnen ontwerpen en verkopen en B daardoor minder posters zou hebben verkocht.⁴⁰

De regeling van het auteursrecht is er juist om te zorgen dat degene die het auteursrecht op een werk heeft het exclusieve recht heeft op de met dat werk genereerbare inkomsten. Dat een ander met een vergelijkbaar, niet-inbreukmakend werk, kan bewerkstelligen dat de rechthebbende op het auteursrecht inkomsten derft, doet daar niets aan af. Om deze reden heeft het rechtmatig alternatief in deze casus geen betekenis.

451. Indien zich niet op de gebruikelijk wijze positief laat vaststellen dat met de geschonden norm beoogd is te beschermen tegen de schade zoals geleden, laat zich uit het gegeven dat dezelfde schade rechtmatig had kunnen worden toegebracht, soms langs indirecte weg vaststellen dat kennelijk niet is beoogd om ook tegen die schade te beschermen.⁴¹ De figuur van het rechtmatig alternatief laat zich om deze reden goed begrijpen als een wetssystematische manier om het doel van de geschonden norm vast te stellen. Wie het doel van een norm wil bepalen, grijpt in het algemeen naar de door de wetgever bij die norm, of bij de wet waar die norm deel van uitmaakt, gegeven aanwijzingen omtrent de beoogde bescherming. Soms laat zich echter uit het gegeven dat dezelfde schade op eenzelfde wijze zonder het schenden van een norm kan worden toegebracht, afleiden dat kennelijk niet beoogd is tegen die schade te beschermen. In § 9.3.2 bespreek ik diverse situaties waarin uit het bestaan van een rechtmatig alternatief volgt dat

38 Sprake is mijns inziens van, wat Gilmore heeft genoemd, een *case law underground*: een rechtsprincipe dat door de doctrine nog niet wordt erkend, maar in de rechtspraak door rechterlijke instanties, meestal onbewust, wordt toegepast. Gilmore 1974, p. 62, 63 schreef over *case law undergrounds*: “Until some scholar has discovered their existence and reported on them (...) no one knows of them. (...) Indeed, most of the time, it turns out that courts which decide such underground cases are apparently unaware that there are any other cases of the sort.”

39 Zie § 7.2.

40 Deze casus ontleen ik aan RG 29 maart 1938, *JW* 1938, 1959.

41 In § 6.2.3 bleek in de Amerikaanse en Duitse literatuur te worden onderkend dat het gegeven dat dezelfde schade door normconform handelen kan worden toegebracht betekenis kan hebben voor het antwoord op de vraag of met de geschonden norm beoogd is te beschermen tegen de schade zoals geleden.

kennelijk met de geschonden norm niet beoogd is te beschermen tegen de schade zoals geleden.⁴²

Niet steeds is het echter zo eenvoudig: zoals in het voorgaande al bleek kan aan het gegeven dat de schade door een normschending is veroorzaakt en met die norm tegen bepaalde schadesituaties beoogd is te beschermen, soms ongeveer evenveel gewicht toekomen als aan het gegeven dat dezelfde schade op eenzelfde wijze zonder het schenden van een norm kan worden toegebracht. Het komt dan aan op het vinden van een redelijke grens aan aansprakelijkheid.

In het voorgaande bleek dit zich voor te doen zowel bij aansprakelijkheid voor het handelen zonder de benodigde vergunning (nr. 438) als in het geval van besluitenansprakelijkheid (nr. 444). In het vervolg zal blijken dat dit verschijnsel zich meer in het algemeen voordoet (§ 9.3.3). Met name om deze reden is mijns inziens zinvol om de grens van het rechtmatig alternatief los te behandelen van de in hoofdstuk 8 besproken grens waarbij uit de op normale wijze vast te stellen bedoeling van de wetgever blijkt dat niet beoogd is te beschermen tegen de schade zoals geleden.

In § 9.3.3 behandel ik enkele casus waaruit blijkt hoe relatief subtiele verschillen kunnen maken dat vanwege het bestaan van een rechtmatig alternatief aansprakelijkheid dient te worden begrensd of dat juist niet dient te gebeuren. In § 9.3.4 bespreek ik vervolgens een methode om te bepalen of aan de hand van het bestaan van een rechtmatig alternatief aansprakelijkheid dient te worden begrensd.

9.3.2 *Situaties waarin uit het rechtmatig alternatief volgt dat de geschonden norm niet beoogt te beschermen tegen de schade zoals geleden*

452. Uit het gegeven dat de schade ook rechtmatig toegebracht had kunnen worden, volgt in allerlei gevallen op natuurlijke en bijna vanzelfsprekende wijze dat met de geschonden norm kennelijk niet beoogd is tegen dergelijke schade te beschermen.

453. Dit kwam eerder in dit boek al naar voren. In hoofdstuk 6 bleek het verlangen van causaal verband tussen het specifiek normschendende element en de schade in diverse gevallen op elegante wijze tot wenselijke resultaten te leiden. Ik betoogde dat de reden hiervoor was dat in deze gevallen uit de mogelijkheid om dezelfde schade rechtmatig toe te brengen volgde dat kennelijk met de geschonden norm niet beoogd was te beschermen tegen de schade zoals geleden.⁴³ Tevens betoogde ik dat het beter was om in deze gevallen niet door middel van het causaliteitsvereiste aansprakelijkheid te begrenzen.⁴⁴

In de in nr. 301 besproken zaak over het in strijd met de bouwverordening geplaatste transformatorstation, volgde uit het gegeven dat het station rechtmatig op een zodanige manier geplaatst kon worden dat het uitzicht van het nabijgelegen hotel op dezelfde manier nadelig zou worden

42 In hoofdstuk 10, 11, 13 en 14 zullen we zien dat het doel van een geschonden norm zich ook langs andere indirecte wegen laat vaststellen.

43 Zie § 6.2.5.

44 Zie § 6.2.6.

beïnvloed als bij de onrechtmatige plaatsing, dat kennelijk de geschonden norm niet beoogde te beschermen tegen het uitzichtnadeel van de hoteleigenaar. In de in nr. 302 besproken zaak van de te hard varende Monte Santo volgde uit het gegeven dat als de Monte Santo iets eerder was betrokken en de maximumsnelheid zou hebben aangehouden dezelfde aanvaring zou hebben plaatsgehad, dat kennelijk de geschonden norm niet strekt tot bescherming tegen de schade zoals geleden.

454. In § 9.2.1 zagen wij dat indien wordt gehandeld zonder de vereiste vergunning, het gegeven dat dezelfde schade met vergunning kan worden toegebracht, in beginsel meebrengt dat met de regulering waarvan het verbod om bepaalde activiteiten zonder vergunning te verrichten onderdeel is, niet beoogd is tegen dergelijke schade te beschermen. In § 9.2.2 zagen wij dat uit het gegeven dat de overheid door het nemen van een rechtmatig besluit precies dezelfde schade had kunnen toebrengen als met het genomen onrechtmatige besluit, kan volgen dat met de geschonden norm niet beoogd is te beschermen tegen de schade zoals geleden.

455. Een andere mijns inziens fraaie illustratie van de betekenis van het rechtmatig alternatief geeft de zaak *Nabbe/Staalbankiers*.⁴⁵

Nabbe verrichtte over een periode van vijf jaar bij Staalbankiers beleggingstransacties. In deze periode had Staalbankiers bepaalde transacties, waartoe Nabbe opdracht had gegeven, niet mogen uitvoeren omdat niet voldaan was aan de marginverplichting en de dekkingsverplichting die voortvloeiden uit art. 28 lid 2 t/m 4 Nadere regeling toezicht effectenverkeer 1999.⁴⁶ Nabbe vorderde vergoeding van Staalbankiers van het verlies dat was geleden op de verschillende transacties die Staalbankiers niet had mogen uitvoeren. Het hof wees de vordering van Nabbe af, overwegende dat: “[d]e verplichting voor de bank om bij een saldotekort geen nieuwe transacties uit te voeren en de margin strict te handhaven, (...) niet bedoeld [is] om te voorkomen dat de belegger verlies lijdt op de door hem verworven posities. Verliezen kunnen immers evengoed worden geleden als de in art. 28 lid 2 NR vermelde verplichting en de marginverplichting (alsnog) wél worden nageleefd. Het doel van deze verplichtingen is dan ook veeleer hierin gelegen, dat voorkomen moet worden dat de belegger schade lijdt die hij niet wil of kan dragen. De belegger zal in het algemeen geacht moeten worden een schade te kunnen of willen dragen die blijft binnen de door hem voor beleggingsdoeleinden bestemde bestedingsruimte met inbegrip van hem verleend effectenkrediet.” (rov. 3.4). De Hoge Raad sanctioneerde dit oordeel.⁴⁷

Bij de bepaling van de strekking van de geschonden norm kende het hof dus niet zozeer belang toe aan een uit de totstandkomingsgeschiedenis van de regeling blijkende bedoeling, maar aan het feit dat dezelfde schade zoals door Nabbe was geleden ten gevolge van het door Staalbankiers schenden van de norm, doorgaans “*evengoed*” kan worden geleden als de bank haar verplichtingen wél na-

45 HR 4 december 2009, NJ 2010/67 m.nt. M.R. Mok (*Nabbe/Staalbankiers*).

46 Kort gezegd mocht een effecteninstelling geen transactie voor een cliënt uitvoeren indien de cliënt over onvoldoende saldi hiervoor beschikte (lid 2), diende de effecteninstelling er voortdurend op toe te zien dat de cliënt over voldoende saldi beschikte om aan verplichtingen die uit de financiële instrumenten kunnen voortvloeien te kunnen voldoen (lid 3) en, indien de cliënt niet over die voldoende saldi beschikte, diende de bank aanvullende zekerheden te verlangen en als de cliënt die zekerheden niet verstrekke, de posities op zo kort mogelijke termijn te sluiten (lid 4).

47 HR 4 december 2009, NJ 2010/67 m.nt. M.R. Mok (*Nabbe/Staalbankiers*).

leeft en de belegger in het algemeen geacht moet worden deze schade te “*kunnen of willen*” dragen. Op die grond concludeerde het hof, later gesanctioneerd door de Hoge Raad, dat kennelijk met de regeling niet was beoogd te beschermen tegen de schade zoals geleden. Deze redenering vertoont overigens een opvallende gelijkenis met de redenering die het House of Lords hanteerde in de in nr. 430 besproken vergelijkbare zaken *South Australia Asset Management Corporation v. York Montague Ltd.* en *Banque Bruxelles Lambert SA v. Eagle Star Insurance Co. Ltd.* In deze zaken viel uit de overeenkomst met de taxateur niet af te leiden of met de door de taxateur geschonden norm ook beoogd was te beschermen tegen de schade die de bank leed doordat een verkeerd getaxeerde vastgoedportefeuille vanwege het instorten van de markt in waarde afnam. De omstandigheid dat de bank deze schade in het algemeen ook had kunnen lijden zonder een onzorgvuldige waardering bracht het House of Lords tot de conclusie dat zich niet liet rechtvaardigen om het risico van de door de bank aangegane transactie voor rekening van de taxateur te brengen.

456. Een andere zaak waarin het rechtmatig alternatief een rol speelt is *Amsterdam/Have*.⁴⁸

Het college van B&W van de gemeente Amsterdam verleende aan Have een exploitatievergunning, maar overschreed daarbij de wettelijke beslistermijn.⁴⁹ Have leed schade door de te late verlening en vorderde vergoeding daarvan van de gemeente. De burgemeester had wel de bevoegdheid om de beslistermijn te verlengen. Zou de burgemeester van die bevoegdheid gebruik hebben gemaakt, dan had de gemeente de schade zonder meer rechtmatig kunnen toebrengen. Van de bevoegdheid was echter geen gebruik gemaakt. Het hof oordeelde dat het enkele bestaan van de verlengingsmogelijkheid niet afdoet aan het bestaan van causaal verband tussen het weten te laat verlenen van de vergunning en de schade. De Hoge Raad vernietigde op dat punt en oordeelde dat omdat de schade ook zou zijn ontstaan indien en voor zover de gemeente de verlengingsmogelijkheid wel zou hebben benut, niet zonder meer van het bestaan van causaal verband tussen de termijnoverschrijding en de schade kan worden uitgegaan (rov. 3.12).

De aanvrager van de vergunning verweet de gemeente niet dat de burgemeester de beslistermijn niet heeft verlengd; de aanvrager verweet de gemeente dat het college van B&W, gegeven de beslistermijn, te laat een besluit had genomen. Het oordeel van het hof over de causaliteit acht ik daarom juist.⁵⁰ Niettemin ligt naar ik meen wel voor de hand om uit het gegeven dat dezelfde schade rechtmatig toegebracht had kunnen worden als de burgemeester de beslistermijn had verlengd, te laten volgen dat met de beslistermijn, voor zover verlengbaar, niet be-

48 HR 11 januari 2013, *NJ* 2013/47 (*Amsterdam/Have*). Genoemd dient ook te worden HR 23 december 2011, *NJ* 2012/377 m.nt. P. van Schilfgaarde (*V. en P./DNB en AFM*) waarin door DNB en de AFM werd bepleit dat zij dezelfde schade met een rechtmatig besluit hadden kunnen toebrengen, maar niettemin aansprakelijkheid voor de door het onrechtmatig besluit veroorzaakte schade werd aangenomen (voor het deel dat niet ook veroorzaakt zou zijn door de strafrechtelijke uitspraak). De Hoge Raad verwierp de klachten op dit punt met toepassing van art. 81 RO. Niet duidelijk is mij uit de gepubliceerde uitspraken en de conclusie geworden of inderdaad daarnaast op hetzelfde moment een rechtmatig besluit genomen had kunnen worden en verder is het beroep op het rechtmatig alternatief ongelukkig ingebed in het causaliteitsvereiste. Om deze redenen laat zich uit het arrest weinig afleiden.

49 Zoals in nr. 269 besproken, behoeft dat op zichzelf niet onrechtmatig te zijn.

50 De leer van Demogue-Besier dient niet te worden toegepast, terwijl de gemeente zich er mijns inziens ook niet op kan beroepen dat als zij maar geweten had dat zij de beslistermijn dreigde te overschrijden, zij dan wel de beslistermijn zou hebben verlengd; zie over beide aspecten nader hoofdstuk 6.

oogd is de aanvrager van een vergunning te beschermen tegen schade die ontstaat bij een te late verlening van de vergunning, voor zover die schade ook zou ontstaan bij een verlenging van de beslistermijn. Het beogen te beschermen tegen die schade zou zich immers niet goed laten verenigen met het tegelijkertijd creëren van de mogelijkheid tot verlenging van de beslistermijn. De Hoge Raad plaatst deze kwestie naar mijn mening enigszins ongelukkig in de causaliteitstoets. Op deze wijze wordt het zicht op de werkelijke reden om de aansprakelijkheid van de gemeente te beperken ontnomen.

9.3.3 *Moelijker liggende casusposities*

457. Soms ligt heel subtiel of uit het bestaan van een rechtmatig alternatief kan worden afgeleid dat de geschonden norm niet tot doel heeft om te beschermen tegen de schade zoals geleden. In het navolgende illustreer ik dit aan de hand van een viertal casus. Ik bespreek eerst een tweetal zaken met tegengestelde uitkomsten waarbij door onrechtmatig overheidshandelen schade wordt toegebracht, terwijl de overheid dezelfde schade op eenzelfde wijze rechtmatig had kunnen toebrengen.

Een tuinder werd verdacht van een “*Bombendrohung*” in een warenhuis en werd om die reden door de politie aangehouden en één nacht opgesloten. Deze vrijheidsbeneming vond plaats zonder dat, zoals de toentertijd geldende Oostenrijkse wet verlangde, een bevoegde rechter daartoe een bevel had gegeven. De tuinder wees tijdens zijn opsluiting meermaals – maar tevergeefs – de politiebeambten erop dat het van belang was dat hij thuis controleerde of zijn kas wel voldoende verwarmd werd. Nadien bleek dat deze verwarming ontoereikend was en planten in de kas door nachtvorst waren doodgevroren. Op grond van onrechtmatige vrijheidsbeneming vorderde de tuinder vergoeding van zijn schade. De Staat voerde aan dat de vrijheidsbeneming evengoed rechtmatig had kunnen plaatsvinden omdat desgevraagd wel een rechterlijk bevel voor de vrijheidsbeneming zou zijn verkregen en dan de schade ook zou zijn ontstaan. Het Oberster Gerichtshof van Oostenrijk verwierp dat verweer op de grond dat, samengevat, het wettelijk vereiste van een rechterlijk bevel niet zomaar een vormvoorschrift bij vrijheidsbeneming is, maar dat met deze eis moet worden gegarandeerd dat alleen na toetsing door een rechter een inbreuk op het mensenrecht van persoonlijke vrijheid kan worden gemaakt.⁵¹

In deze *Glashaus*-zaak heeft de geschonden wettelijke norm een bijzonder belang: machtiging door een rechter is een wezenlijke voorwaarde voor het nemen van ingrijpende maatregelen door de overheid. Goed te begrijpen is mijns inziens dat het Oberster Gerichtshof ontoelaatbaar achtte dat de overheid aan aansprakelijkheid kan ontkomen door zich erop te beroepen dat dezelfde schade rechtmatig toegebracht had kunnen worden. Het honoreren van een dergelijk beroep zou immers de eis dat vooraf aan de vrijheidsbeneming een rechterlijke machtiging wordt gevraagd, ondergraven. Om deze reden laat zich uit het gegeven dat de schade ook rechtmatig toegebracht had kunnen worden, niet afleiden dat met de geschonden norm niet beoogd is te beschermen tegen de schade zoals geleden.

51 OGH 15 juli 1981 ECLI:AT:OGH0002:1981:0010OB00035.8.0715.000 (*Glashaus*). Vgl. HR 20 april 2012, *NJ* 2012/262 (*Trafigura/Staat*) waar in een enigszins vergelijkbare casus door de Hoge Raad een tegengestelde beslissing wordt gegeven.

In de zaak *Transportbeton/Eindhoven*⁵² werd de gemeente Eindhoven aansprakelijk gesteld door Transportbeton op de grond dat het door de gemeente voor alle scheepvaart sluiten van het Eindhovens kanaal onrechtmatig is: voor deze sluiting was namelijk goedkeuring door de Kroon vereist en deze goedkeuring was door de gemeente gevraagd noch verkregen. De Hoge Raad oordeelde: “Zou de gemeente deze goedkeuring hebben gevraagd, dan zou de minister hebben onderzocht of het algemeen belang zich tegen de sluiting van het kanaal verzet. Daarbij zouden ook de bij het scheepvaartverkeer betrokken belangen, waaronder die van Transportbeton, in de belangenafweging zijn begrepen. De hierin gelegen bescherming van Transportbeton is door de handelwijze van de gemeente ontkracht, zodat de gemeente ook jegens Transportbeton onrechtmatig heeft gehandeld. De gemeente dient de schade te vergoeden, welke Transportbeton heeft geleden en zal lijden doordat de gemeente zonder goedkeuring van de Kroon het kanaal heeft gesloten.” Ik begrijp dit oordeel, evenals NJ-annotator Borman, zo dat Transportbeton aanspraak heeft op schadevergoeding indien en voor zover de Kroon, indien de gemeente goedkeuring voor sluiting zou hebben gevraagd, aan goedkeuring als voorwaarde zou hebben verbonden dat de gemeente Transportbeton een zekere compensatie zou bieden. De eventueel hier bovenuit stijgende schade die Transportbeton ten gevolge van de onrechtmatige sluiting van het kanaal lijdt, kan niet aan de onrechtmatige sluiting van het kanaal worden toegerekend omdat de gemeente deze schade evengoed rechtmatig aan Transportbeton had kunnen toebrengen. Overigens kan men ook zeggen dat de Hoge Raad hier de leer van Demogue-Besier toepast.

In *Transportbeton/Eindhoven* behoefde de schade die ook rechtmatig toegebracht had kunnen worden niet vergoed te worden. In deze zaak ligt mijns inziens voor de hand om uit het gegeven dat de schade (deels) rechtmatig, met goedkeuring, toegebracht had kunnen worden, af te leiden dat de norm die verbiedt het kanaal zonder goedkeuring te sluiten niet beoogt te beschermen tegen schade die ook zou zijn geleden indien het kanaal met goedkeuring zou zijn gesloten.

Opvallend is dat de casusposities in de hiervoor besproken zaken in hoge mate overeenkomen, maar de uitkomsten tegengesteld zijn. In *Glashaus* werd irrelevant geoordeeld dat de overheid dezelfde schade ook met de benodigde machtiging toe had kunnen brengen, terwijl dat gegeven in *Transportbeton/Eindhoven* juist reden was om de overheid in zoverre niet voor schade aansprakelijk te houden.⁵³ De tegengestelde uitkomst is mijns inziens het gevolg van het verschil in gewicht van de geschonden norm: ingrijpende maatregelen in de persoonlijke levenssfeer die vooraf machtiging behoeven *vis-a-vis* het sluiten voor de scheepvaart van een kanaal. Of uit het bestaan van een rechtmatig alternatief kan worden afgeleid dat de geschonden norm tot doel heeft te beschermen tegen de schade zoals geleden, kan dus mede en zelfs beslissend worden beïnvloed door een dergelijke omstandigheid.

458. De nu te bespreken twee zaken met tegengestelde uitkomsten, hebben gemeen dat sprake is van twee, elkaar in tijd opvolgende, fouten: de eerste fout heeft de tweede fout tot gevolg en de tweede fout leidt tot schade. In beide zaken geldt dat als de eerste fout niet zou zijn gemaakt, het handelen waarin de tweede fout is gelegen niet langer onrechtmatig zou zijn geweest en de schade rechtma-

52 HR 20 juni 1980, NJ 1982/510 m.nt. J.A. Borman (*Transportbeton/Eindhoven*).

53 Merk op dat de redenering in *Transportbeton/Eindhoven* niet is dat de gemeente Eindhoven anders op een later moment het kanaal zou hebben gesloten.

tig zou zijn toegebracht. In beide zaken is het de tweede fout waarop de gelaedeerde een aanspraak op schadevergoeding baseert.

Voor een bedrag van DM 1.500.000,- werd een perceel grond verkocht. De koper beoogde op het perceel woningen te ontwikkelen. De koopovereenkomst bepaalde dat de koopsom opeisbaar werd wanneer de notaris bevestigde dat aan zekere voorwaarden zou zijn voldaan; een van die voorwaarden was dat de notaris voor *Vormerkung* (het inschrijven van de koopovereenkomst teneinde frustratie van de levering te voorkomen) heeft zorggedragen. Kort na totstandkoming van de koopovereenkomst bevestigde de notaris dat de koopsom opeisbaar was, waarop de koper de koopsom betaalde. Nadien bleek dat de notaris heeft nagelaten voor de *Vormerkung* zorg te dragen. De koper sprak vervolgens de notaris aan op de grond dat deze te vroeg had bericht dat de koopsom opeisbaar was en vorderde vergoeding van financieringslasten voor het te vroeg betalen van de koopsom. De koper verweet de notaris niet dat deze ten onrechte niet voor de *Vormerkung* had zorggedragen, maar enkel dat nu de notaris feitelijk niet voor deze *Vormerkung* had zorggedragen de notaris te vroeg had bericht dat de koopsom opeisbaar was geworden. De notaris verweerde zich met het betoog dat de koper op hetzelfde tijdstip had moeten betalen indien hij wel, zoals hij had dienen te doen, dadelijk voor *Vormerkung* zou hebben zorggedragen. Het Bundesgerichtshof oordeelde dat geen sprake is van een causaliteitsprobleem, maar dat het gaat om de vraag of de aanwezigheid van dit rechtmatig alternatief maakt dat de geleden schade niet kan worden toegerekend. Het rechtmatig alternatief stond naar het oordeel van het Bundesgerichtshof in dit geval niet aan toerekening in de weg: *“Der Haftung für diese Verschlechterung [van het vermogen van de koper door de te vroege betaling] kann sich der Beklagte [notaris] nicht mit dem Einwand entziehen, er hätte die Fälligkeitsvoraussetzungen [hier met name de Vormerkung] pflichtgemäß schaffen können und müssen. Für den Anspruch der Klägerin auf Ersatz des Verfrühungsschadens ist entscheidend, daß der Beklagte die Fälligkeitsvoraussetzungen tatsächlich nicht geschaffen hat [door niet voor de Vormerkung zorg te dragen]. Es darf ihn nicht entlasten, daß er damit eine weitere Pflicht [het zorgdragen voor de Vormerkung] gegenüber den Vertragsbeteiligten verletzt hat. Sonst wäre das Vertrauen nicht wirksam geschützt, das die Beteiligten in die Zuverlässigkeit und Unparteilichkeit des Notars als amtlich bestellter Urkundsperson setzen, wenn sie Vermögensverfügungen von einer Notarbestätigung abhängig machen.”*⁵⁴

In deze zaak is goed verdedigbaar dat zich uit de mogelijkheid die de notaris had om de schade rechtmatig toe te brengen niet laat afleiden dat de geschonden norm niet beoogt te beschermen tegen de schade zoals geleden. Ook hier speelt mee dat er een bijzonder belang mee gemoeid is de notaris niet op grond van het rechtmatig alternatief aansprakelijkheid te laten ontlopen: namelijk het vertrouwen in het ambt van notaris dat dient te bestaan. Bovendien heeft de koper door het niet zorgdragen van de *Vormerkung* een risico gelopen dat het geven van de opdracht aan de notaris tot *Vormerkung* nu juist beoogde te voorkomen. Weliswaar heeft dat risico zich niet verwezenlijkt, maar het gegeven dat de notaris de koper ten onrechte een risico heeft laten lopen draagt ertoe bij dat minder bevredigend wordt de notaris aansprakelijkheid te laten ontlopen.

In opdracht van de curator van een failliete vennootschap voerde een tweetal registeraccountants van Witlox Van den Boomen Accountants een onderzoek uit naar de bestuurder van deze ven-

54 BGH 14 oktober 1985, BGHZ 96, 157, NJW 1986, 576.

nootschap. De accountants kwamen in hun rapport tot de conclusie dat door de bestuurder fraude was gepleegd en maakten hun rapport openbaar. De bestuurder leed hierdoor schade en diende tegen de accountants een tuchtklacht in omdat hij niet door de accountants was gehoord en aldus het beginsel van hoor en wederhoor was geschonden. Deze klacht werd door de Accountantskamer gegrond bevonden en aan de accountants werd de maatregel van berisping opgelegd. Vervolgens vorderde de bestuurder schadevergoeding op de grond dat het openbaar maken van het rapport “op de wijze en met de bewoordingen als is geschied” onrechtmatig is. De bestuurders verweten de accountants dus dat waar gegeven is dat bij het onderzoek het beginsel van hoor en wederhoor was geschonden, het openbaar maken van het rapport onrechtmatig was. De rechtbank verklaarde voor recht dat de accountants onrechtmatig hebben gehandeld door het rapport openbaar te maken zonder bij het onderzoek wederhoor toe te passen, maar wees de schadevergoedingsvordering af. Het hof oordeelde dat de accountants “alleen dan voor de gestelde schade aansprakelijk [zijn] wanneer komt vast te staan dat deze schade – voor zover daarvan sprake is – een gevolg is van de schending van het beginsel van hoor en wederhoor; de gebeurtenis waarop de door [de bestuurder] gestelde aansprakelijkheid van [de accountants] berust”.⁵⁵ Naar het oordeel van het hof was dat onvoldoende gesteld. Op die grond bekrachtigde het hof het vonnis van de rechtbank. De Hoge Raad verwierp het cassatieberoep van de bestuurder, waarin werd geklaagd over de vaststelling van het causale verband, met toepassing van art. 81 RO.⁵⁶

Hoewel in deze zaak vaststond dat het openbaar maken van het rapport onrechtmatig was en goed denkbaar is dat de bestuurder door dat uitbrengen van het rapport schade heeft geleden, zijn de accountants niet voor deze schade aansprakelijk voor zover de schade ook rechtmatig had kunnen worden toegebracht. Onder het verhullende kleed van art. 81 RO sanctioneerde de Hoge Raad hier de toepassing van de leer van Demogue-Besier. Het hof had immers niet getoetst of de onrechtmatige daad als geheel (het openbaar maken van het rapport) de schade heeft veroorzaakt, maar of het specifiek onrechtmatige element van die daad (het niet toepassen van hoor en wederhoor) de schade heeft veroorzaakt.⁵⁷ De reden waarom de leer van Demogue-Besier in deze zaak tot een bevredigende uitkomst leidt, is mijns inziens dat zich goed laat verdedigen dat de norm die een accountant verbiedt een rapport openbaar te maken ingeval in dat rapport zonder het toepassen van hoor en wederhoor tot conclusies is gekomen, niet beschermt tegen schade die ook zou zijn geleden indien wel hoor en wederhoor zou zijn toegepast.

459. Hoewel de casus van de notaris aansprakelijkheidszaak en de accountants aansprakelijkheidszaak belangrijke gelijkenissen vertonen, is de bereikte uitkomst opvallend anders. In beide zaken is sprake van twee fouten, waarbij de eerste fout de tweede fout tot gevolg heeft en de tweede fout leidt tot schade. In de notaris aansprakelijkheidszaak gaat het om het niet zorgdragen voor de *Vor-*

55 Opvallend is hoe het hof – kennelijk om naar de op zichzelf wel wenselijke uitkomst toe te redeneren – de grondslag van de vordering subtiel verdraait. De accountants werd verweten onrechtmatig te hebben gehandeld door een rapport openbaar te maken. Ter zake van het causaal verband is dus de vraag of dat openbaar maken van het rapport tot schade heeft geleid (en voor de hand ligt dat zulks het geval is). In plaats van hierop in te gaan, zoals behoort omdat dit de grondslag van de vordering is, kijkt het hof naar de reden waarom het publiceren van het rapport onrechtmatig was (de schending van hoor en wederhoor) en vraagt het zich af of tussen die reden en de schade causaal verband bestaat (hetgeen veel minder voor de hand ligt, en naar ‘s hofs oordeel kennelijk niet voldoende door de eiser is onderbouwd).

56 HR 22 mei 2015, *RvdW* 2015/675 (*Witlox Van den Boomen Accountants/Wahring Consult*).

57 Zie nader over deze leer § 6.2.3.

merkung (eerste fout) en het ten onrechte mededelen dat de koopsom opeisbaar is (tweede fout). In de accountantsaansprakelijkheidszaak gaat het om het niet in acht nemen van het beginsel van hoor en wederhoor (eerste fout) en het openbaar maken van een rapport (tweede fout). In de notaris aansprakelijkheidszaak werd geoordeeld dat het er niet toe doet dat de schade rechtmatig zou zijn ontstaan als de eerste fout achterwege was gebleven (i.e. de *Vormerkung* zou hebben plaatsgevonden), terwijl in de accountantsaansprakelijkheidszaak juist het gegeven dat de schade ook zou zijn ontstaan als de accountants hoor en wederhoor zouden hebben toegepast om tot hun conclusies te komen, beslissend werd geacht om de accountants niet-aansprakelijk te houden. Het verschil in casuspositie dat de uitkomst tegengesteld doet zijn is subtiel en lijkt mij met name gelegen in de bijzondere positie van de notaris en het gegeven dat de gelaedeerde door de eerste fout van de notaris ten onrechte aan een serieus risico was blootgesteld.

460. Naar ik meen, bestond er in de hiervoor besproken zaken ongeveer evenveel reden om wel aansprakelijkheid voor de veroorzaakte schade aan te nemen als om dat juist niet te doen. Dit maakt dat relatief subtiele verschillen tot tegengestelde oordelen leiden, zonder dat die verschillen daar duidelijk toe dwingen. Over de juistheid van de uitkomst zoals bereikt in de eerste en de derde zaak kan mijns inziens ook anders worden gedacht, hoewel ik mij in de bereikte uitkomsten goed kan vinden. Nodig is een methode te hebben om in degelijke, moeilijk liggende, casus op een zo inzichtelijk mogelijke wijze tot een oordeel te kunnen komen. In de volgende paragraaf bespreek ik een mijns inziens bruikbare methode.

9.3.4 *De vergelijkingsmethode en de betekenis van de redelijkheid*

461. Meer dan bij de andere grenzen komt het bij het rechtmatig alternatief aan op een waardering van het concrete geval, waarbij soms subtiele onderscheidingen gemaakt dienen te worden. Om deze reden is het mijns inziens beter om het begrenzen van aansprakelijkheid aan de hand van het bestaan van een rechtmatig alternatief niet te beschouwen als species van het begrenzen van aansprakelijkheid aan de hand van het doel van de geschonden norm. Uit de aanwezigheid van een rechtmatig alternatief kan volgen dat met de geschonden norm kennelijk niet is beoogd te beschermen tegen de schade zoals geleden. Maar of dat het geval is en of aansprakelijkheid vanwege het bestaan van het rechtmatig alternatief begrensd dient te worden komt uiteindelijk, zoals in de in § 9.3.4 behandelde casus bleek, aan op de vraag of een redelijke begrenzing van aansprakelijkheid wordt verkregen.

462. De vraag of een redelijke begrenzing van aansprakelijkheid wordt verkregen, laat zich hier als volgt beantwoorden. Enerzijds dient de voorliggende situatie vergeleken te worden met schadesituaties waarvan duidelijk is dat met de geschonden norm beoogd is daartegen te beschermen. Anderzijds dient vergeleken te worden met schadesituaties waarin de schade op een rechtmatige wijze

kan worden toegebracht.⁵⁸ Door deze dubbele vergelijking te maken, en daarbij de persoon van de gelaedeerde, het soort schade en de wijze waarop de schade is ontstaan in ogenschouw te nemen, kan bepaald worden of het te beoordelen geval meer lijkt op gevallen waarin aanspraak op vergoeding bestaat, of op gevallen waarin de schade rechtmatig kan worden toegebracht en voor rekening van de gelaedeerde blijft. Op die manier kan in moeilijk liggende gevallen beredeneerd worden bepaald of het redelijker is om de schade toe te rekenen of om de schade niet toe te rekenen.

463. De werking van deze methode laat zich aan de hand van de volgende casus illustreren.

Franzetti raakte op een onbeveiligde overgang met zijn trekker in botsing met een trein. De onbeveiligde overgang werd gebruikt door bestemmingsverkeer op weg naar de nabijgelegen fabriek van de Suikerunie. In cassatie stond hypothetisch vast dat ten gevolge van de uitbreiding van de werkzaamheden van de fabriek het verkeer over deze weg was geïntensiveerd. Franzetti bepleitte in cassatie dat op de Suikerunie hierom de verplichting rustte om de overgang te beveiligen. De Suikerunie voerde in cassatie als verweer aan dat Franzetti geen belang had bij deze klacht. Franzetti was namelijk verdwaald en behoorde niet tot het geïntensiveerde bestemmingsverkeer. Hierom zou Franzetti evengoed de schade zonder onrechtmatige daad van de Suikerunie hebben kunnen lijden, namelijk ingeval de werkzaamheden van de fabriek niet zouden zijn uitgebreid en daardoor het verkeer niet zou zijn geïntensiveerd en de Suikerunie in ieder geval niet verplicht zou zijn geweest de overgang te beveiligen. De Hoge Raad vernietigde het oordeel van het hof dat de Suikerunie niet gehouden was om voor een beveiligde overgang zorg te dragen, en oordeelde daarmee impliciet dat het belangverweer van de Suikerunie faalde.⁵⁹

In deze casus komt zowel het antwoord op de vraag of de geschonden norm ook Franzetti beoogt te beschermen als het antwoord op de vraag of Franzetti op niet-relevant andere wijze dezelfde schade rechtmatig had kunnen lijden, tamelijk subtiel te liggen. Enerzijds is merkwaardig dat de uitbreiding van de werkzaamheden van de Suikerunie precies de omstandigheid is die het verschil maakt tussen het door Franzetti wel of niet aanspraak hebben van schadevergoeding jegens de Suikerunie. Het bijzondere hieraan is namelijk dat de uitbreiding van de werkzaamheden niets te maken heeft met het ongeval en in het bijzonder de risico's voor Franzetti niet heeft vergroot. Anderzijds heeft die uitbreiding wel gemaakt dat voor de Suikerunie een norm is gaan gelden. Die norm heeft in ieder geval tot doel om te beschermen tegen ongevallen op de spoorwegovergang. Het personele beschermingsbereik is minder duidelijk. Niet goed verdedigbaar lijkt om te zeggen dat met de norm slechts beoogd is personen behorend tot het bestemmingsverkeer te beschermen voor zover dat geïntensiveerd is. Tussen het bestemmingsverkeer dat er ook zonder de intensivering zou zijn geweest en het bestemmingsverkeer voor zover het geïntensiveerd is, bestaat niet een zodanig verschil dat zich laat rechtvaardigen om personen die tot de eerstgenoemde groep behoren niet te beschermen en personen die tot de laatstgenoemde groep behoren wel. Om dezelfde reden zou ook onredelijk zijn om ander verkeer (zoals een

58 Zie hierover, in het algemeen, nader § 8.6.

59 HR 18 december 1987, NJ 1988/350 (*Franzetti/Suikerunie*).

verdwaalde bestuurder) niet door de geschonden norm beschermd te achten. Met kennelijk de Hoge Raad meen ik dat de balans net in het voordeel van Franzetti dient door te slaan.

Door middel van deze vergelijkingsmethode kan tot een beredeneerde oplossing worden gekomen in de moeilijker liggende gevallen van het handelen in strijd met een vergunningsverplichting (nr. 438) en besluitenaansprakelijkheid (nr. 444).

Onder omstandigheden kan vóór het aannemen van aansprakelijkheid voor de veroorzaakte schade ongeveer evenveel te zeggen zijn als voor het afwijzen ervan. Niet lijkt mij uitgesloten dat dan slechts tot een redelijke uitkomst gekomen kan worden door de schade over laedens en gelaedeerde te verdelen.⁶⁰

464. Waar ik in dit boek de grens van het rechtmatig alternatief ter sprake bracht, heb ik soms gezegd dat het voor deze grens van belang is of dezelfde schade op een niet-relevante andere wijze rechtmatig toegebracht kan worden. In het voorgaande zagen wij dat voor het antwoord op de vraag of dezelfde schade op een niet-relevant andere wijze rechtmatig kan worden gebracht uiteindelijk, en in ieder geval in de moeilijker gevallen, de vergelijkingsmethode en de redelijkheid van de bereikte uitkomst beslissend is. Dit laat onverlet dat, zoals naar ik meen uit het hiervoor besprokene blijkt, de omstandigheid dat dezelfde schade op een vergelijkbare wijze rechtmatig toegebracht kan worden, een wezenlijke rol speelt bij de begrenzing van aansprakelijkheid. Om die reden kan men korthedshalve zeggen dat het er bij deze grens om gaat of dezelfde schade op niet-relevant andere wijze toegebracht had kunnen worden.

9.4 Wanprestatie

465. Ook de reikwijdte van aansprakelijkheid vanwege een tekortkoming in de nakoming van een verplichting uit overeenkomst wordt begrensd door het rechtmatig alternatief. Ook hier is het uitgangspunt dat waar zich laat vaststellen dat met de verplichting uit overeenkomst beoogd is te beschermen tegen de schade zoals geleden, het bestaan van een rechtmatig alternatief zonder betekenis is. Het in beginsel laten bestaan van aansprakelijkheid voor de schade wordt in dat geval gerechtvaardigd door het doel van de geschonden norm. Niet ter zake doet dan of de schade evengoed zonder de tekortkoming bij uitvoering van de overeenkomst zou kunnen ontstaan.

466. Indien zich echter niet laat vaststellen dat met de norm beoogd is te beschermen tegen de schade zoals geleden en tegelijkertijd duidelijk is dat de schade evengoed zonder de tekortkoming bij uitvoering van de overeenkomst zou kunnen ontstaan, laat zich aansprakelijkheid niet meer rechtvaardigen. Waar de schade in het algemeen evengoed bij onberispelijke uitvoering van de overeenkomst

60 Dogmatisch kan dat bijvoorbeeld door de schade geheel toe te rekenen, maar vervolgens op grond van art. 6:101 BW een afslag op de schadevergoedingsplicht aan te nemen omdat de schade is veroorzaakt door omstandigheden die maakten dat de gelaedeerde steeds een bepaald risico liep dat zich heeft verwezenlijkt, en deze omstandigheden aan de gelaedeerde kunnen worden toegerekend.

kan ontstaan, is kennelijk niet het doel van de geschonden norm om te beschermen tegen dergelijke schade. Onvoldoende rechtvaardiging bestaat om in zo'n geval aan de schadesituatie een ander rechtsgevolg te verbinden dan in de situatie waarin de schade rechtmatig ontstaat.

In nr. 430 is de Engelse *SAAMCO*-zaak over aansprakelijkheid van een taxateur van onroerend goed jegens de bank/opdrachtgever als illustratie van deze regel gegeven. Een aardig Nederlands voorbeeld biedt de, ook in nr. 371 besproken, zaak *J./Executive Home Rentals*. Een expat verhuurde via een professioneel bemiddelingsbureau zijn woning in Nederland. Anders dan overeengekomen voerde het bemiddelingsbureau geen deugdelijk onderzoek uit naar de financiële positie en geschiedenis van een aspiranthuurder. Nadat de woning was verhuurd werd daarin door de huurder een wietplantage gehuisvest die grote schade aan de woning toebracht. Na beëindiging van de huur bleek ook de meeverhuurde inboedel te zijn verdwenen. Toen de expat schadevergoeding van het bemiddelingsbureau vorderde, kwam vast te staan dat wanneer wel een deugdelijk onderzoek zou zijn uitgevoerd aan het licht zou zijn gekomen dat de huurder slechts een WAO-uitkering genoot die ruim onvoldoende was om de huur te betalen en daarnaast reeds lange tijd aanzienlijke schulden had. Het causale verband tussen de tekortkoming van het bureau en de schade was daarmee gegeven: wanneer deze gegevens bekend zouden zijn geweest, zou de woning niet zijn verhuurd. Naar het oordeel van Gerechtshof Arnhem⁶¹ kon de schade aan de woning als gevolg van de wietplantage worden toegerekend: gegeven het bekende risico op een huurder met wietplantage, had de geschonden norm juist tot doel dergelijke schade te voorkomen. De schade door het verlies van de inboedel kon naar 's hofs oordeel echter niet worden toegerekend: de verhuurder liep namelijk steeds het risico om de inboedel kwijt te raken.

Indien de schade een grote mate van gelijkenis gaat vertonen met schade die wel toerekenbaar is, kan het nodig zijn het hiervoor beschreven uitgangspunt te nuanceren en de schade wel toe te rekenen.

467. Een casustype waarin de grens van het rechtmatig alternatief van belang kan zijn, is voorts de situatie waarin door onaanvaardbaar afbreken van onderhandelingen geen overeenkomst tot stand komt of waarin een overeenkomst wordt opgezegd en vervolgens feitelijk niet meer wordt nagekomen, maar die opzegging achteraf ongeldig blijkt. De vraag kan dan rijzen over welke periode schade dient te worden vergoed.

Van Dam onderhandelt met importeur Greenib over een dealerovereenkomst voor het automerk Hyundai. Nadat partijen een intentieverklaring hebben ondertekend en de dealerovereenkomst zo goed als rond is, breekt Greenib de onderhandelingen af omdat zij meent dat Van Dam haar onjuist heeft geïnformeerd en daardoor niet langer vertrouwen in Van Dam heeft. Wanneer Van Dam Greenib aanspreekt wegens onaanvaardbaar afbreken van onderhandelingen en vergoeding van haar positief contractsbelang vordert, slaagt Greenib er niet in om aan te tonen dat zij onjuist is geïnformeerd en daarmee een gerechtvaardigd belang had bij het afbreken. Op de grond dat het afbreken onaanvaardbaar was, wijst het hof schadevergoeding toe voor een periode van vijf jaar, waarna de overeenkomst opzegbaar zou zijn. Het hof onderzoekt niet of Greenib ook daadwer-

61 Hof Arnhem 1 maart 2011, *NJF* 2011/188 (*J./Executive Home Rentals*).

kelijk de overeenkomst na vijf jaar zou hebben opgezegd. Het arrest van het hof blijft op deze onderdelen in cassatie in stand.⁶²

In een dergelijk geval laat zich mijns inziens uit het bestaan van de opzegmogelijkheid afleiden dat de overeenkomst niet beoogde te beschermen tegen de schade die na het verstrijken van deze periode nog wordt geleden. De opzegmogelijkheid plaatst immers het risico voor de gevolgen van de opzegging bij de opgezegde partij.⁶³

9.5 Verhouding tot de leer van Demogue-Besier en het leerstuk van hypothetische causaliteit

468. De hiervoor uitgewerkte theorie van het rechtmatig alternatief is een variant op, wat in Nederland is gaan heten, de voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad verdedigde leer van Demogue-Besier. Volgens deze leer is causaal verband vereist, niet alleen tussen de onrechtmatige daad als geheel en de schade, maar ook tussen het onrechtmatige element of de onrechtmatigheid en de schade.⁶⁴

In deze leer van Demogue-Besier ligt het belangrijke inzicht besloten dat in allerlei situaties waarin de laedens door een onrechtmatige daad schade voor de gelaedeerde heeft veroorzaakt terwijl de laedens dezelfde schade ook rechtmatig toegebracht had kunnen worden, het niet redelijk zou zijn wanneer de laedens voor deze schade aansprakelijk is. De inbedding van dit inzicht in het causaliteitsvereiste is echter om twee redenen ongelukkig. In de eerste plaats hangt het, zoals bleek in § 9.3, van allerlei omstandigheden af, onder meer van de met de geschonden norm beoogde bescherming, welke betekenis toekomt aan het gegeven dat dezelfde schade evengoed rechtmatig toegebracht had kunnen worden. Deze materie is daarom te ingewikkeld om in het causaliteitsvereiste onder te brengen.⁶⁵ In de tweede plaats biedt het causaliteitsvereiste te weinig ruimte om aan de hand van dit inzicht aansprakelijkheid af te grenzen. Soms is het voor de laedens namelijk feitelijk onmogelijk om in de gegeven omstandigheden dezelfde schade rechtmatig toe te brengen, maar geldt wel dat dezelfde schade meer in het algemeen rechtmatig toebracht kan worden en daarom met de geschonden norm kennelijk niet beoogd is te beschermen tegen de schade zoals geleden.

Te denken valt aan de in nr. 430 behandelde zaak over aansprakelijkheid van een taxateur van een vastgoedportefeuille jegens de bank/opdrachtgever. De taxateur had in deze zaak de schade niet rechtmatig kunnen toebrengen omdat bij juiste taxatie de bank van het verlenen van de financiering had afgezien. Wel gold dat de bank, meer in het algemeen, na een juiste taxatie schade zou

62 HR 1 maart 2013, NJ 2013/142 (*Greenib Car/Van Dam*).

63 Kramer 2017, p. 667 heeft dit verschijnsel ook gesignaleerd in het Engelse recht: “*It need not be shown that the defendant would in fact probably have exercised that choice [zoals het opzeggen van de overeenkomst], only that it could have done, and the court will even ignore evidence that the defendant would not have done so, because the claimant’s loss is only that to which it was entitled from the defendant, not that which it would have actually received.*” In dergelijke casus is vanzelfsprekend voor de periode waarover schade dient te worden vergoed ook de gehoudenheid van de gelaedeerde tot schadebeperking (art. 6:101 BW) van bijzonder belang.

64 Zie nader § 2.5.5 en 6.2.3.

65 Zie nader § 6.2.5.

kunnen lijden, omdat gefinancierd onroerend goed dat geëxecuteerd moet worden door marktveranderingen in waarde is verminderd.

Ook in dit geval volgt uit het gegeven dat de schade rechtmatig had kunnen worden toegebracht dat het niet redelijk zou zijn om de schade toe te rekenen, maar laat zich dat niet in het causaliteitsvereiste inpassen.

469. Mijns inziens is het beter om dit inzicht dat in de leer van Demogue-Besier besloten ligt, in het kader van het relativiteitsvereiste of de schadetoerekening tot uitdrukking te brengen. Getoetst dient te worden of uit het gegeven dat de schade zoals geleden ook rechtmatig kan worden toegebracht, volgt dat de geschonden norm kennelijk niet tegen deze schade beoogt te beschermen en of een redelijke grens aan aansprakelijkheid bereikt wordt door de voorliggende situatie te vergelijken met schadesituaties waartegen de geschonden norm wel beoogt te beschermen en schadesituaties waarin de schade rechtmatig wordt toegebracht.

470. De problematiek van het rechtmatig alternatief vertoont verder een zekere gelijkenis met het leerstuk van de hypothetische causaliteit.⁶⁶ Koziol schreef hierover:

“[T]he two problem areas are (...) not identical but do have value judgment parallels: in both cases the issue is that wrongful and culpable behavior has really brought about harm, which would otherwise have been caused by an event not giving rise to liability. The difference is merely that in the case of supervening cause [hypothetische causaliteit] the second event actually does happen whereas in cases of lawful alternative behavior it remains hypothetical. (...) In the latter case, therefore, the prevailing view is that there is no causation issue but instead another kind of liability problem: this concerns the link between the unlawfulness and the resulting consequences.”⁶⁷

De vraag hoe deze probleemgebieden samenhangen en van welke “*value judgment parallels*” sprake is, laat ik hier verder rusten.

9.6 Meerwaarde ten opzichte van de andere grenzen

471. Met de grens van het rechtmatig alternatief kan in allerlei gevallen een redelijke begrenzing van aansprakelijkheid worden bereikt, die zich niet laat verkrijgen met de andere in hoofdstuk 8 behandelde en in hoofdstuk 10 en 11 te behandelen grenzen. Het rechtmatig alternatief kan een grens aan aansprakelijkheid aanreiken, terwijl uit de norm zelf niet direct kan worden afgeleid dat niet beoogd is te beschermen tegen de schade zoals geleden (hoofdstuk 8), waar niet helder is of geen zorgvuldigheidsnorm bestaat die beoogt te beschermen tegen de schade

66 Zie voor de problematiek van hypothetische causaliteit onder meer: HR 23 juni 1989, *NJ* 1990/441 (*Kennis/Budel*); HR 2 februari 1990, *NJ* 1991/292 m.nt. C.J.H. Brunner (*Vermaat/Staat*); HR 7 december 2001, *NJ* 2002/576 m.nt. J.B.M. Vranken (*Leeuwarden/Los*) en HR 23 december 2011, *NJ* 2012/377 m.nt. P. van Schilf-gaarde (*V. & P./DNB & AFM*).

67 Koziol 212, p. 282, 283 en 169. Zie ook Lange & Schiemann 2003, p. 199 en Van Quickenborne 1972, p. 125 e.v.

zoals geleden (hoofdstuk 10), en waar tot slot wel sprake is van de verwezenlijking van een vergroot risico (hoofdstuk 11).

Dit doet zich voor in de in nr. 430 behandelde zaak over aansprakelijkheid van een taxateur van onroerend goed jegens de bank/opdrachtgever, bij de in § 9.2.1 e.v. behandelde problematiek met aansprakelijkheid vanwege het niet beschikken over de benodigde vergunning, bij de in § 9.2.2 besproken besluitenansprakelijkheid van de overheid, de in nr. 453 genoemde zaak *Transformatorstation*, in de in nr. 455 besproken zaak *Nabbe/Staalbankiers*, in de in nr. 456 besproken zaak *Amsterdam/Have*, in de in nr. 457 besproken zaak *Transportbeton/Eindhoven* en in de in nr. 458 behandelde zaak *Witlox Van den Boomen Accountants/Wahring Consult*.⁶⁸ In elk van deze zaken is geen sprake van een duidelijk blijkende bedoeling van de wetgever waar de schade zoals geleden niet binnen past. Evenmin laat zich mijns inziens vaststellen dat geen sprake is van een norm van ongeschreven recht die niet beoogt te beschermen tegen de schade zoals geleden. Tot slot kan in deze zaken de schade gelden als de verwezenlijking van een wel door de onrechtmatige daad vergroot risico. Waar men in deze zaken tot een begrenzing van aansprakelijkheid komt op de grond dat de geschonden norm niet beoogt te beschermen tegen de schade zoals geleden, dan gebruikt men het gegeven dat de schade zoals geleden op niet relevant andere wijze rechtmatig toegebracht kon worden en dus niet het doel van de norm is te beschermen tegen deze schade.

472. Onder omstandigheden kan de grens van het rechtmatig alternatief wel samen vallen met een van de andere drie grenzen. In bijvoorbeeld *De Marchant et d'Ansembourg/Staat*⁶⁹ valt de grens van het rechtmatig alternatief samen met de grens van de schade die niet beantwoordt aan het doel van de geschonden norm.

9.7 Samenvatting

473. Wanneer zich niet laat vaststellen dat met de geschonden norm beoogd is te beschermen tegen de schade zoals geleden, kan uit de mogelijkheid om deze schade rechtmatig toe te brengen volgen dat de aansprakelijkheid zich niet tot deze schade uitstrekt. In dit hoofdstuk heb ik uitgewerkt wanneer en waarom dat het geval is (§ 9.1).

In het geval van aansprakelijkheid wegens het in strijd handelen met een vergunningsverplichting en in het geval van aansprakelijkheid van de overheid voor een onrechtmatig besluit, laat de in de jurisprudentie en literatuur langs uiteenlopende dogmatische wegen bereikte begrenzing van aansprakelijkheid zich aan de hand van deze grens van het rechtmatig alternatief verklaren en rechtvaardigen: het is hier het gegeven dat met vergunning of met een rechtmatig besluit dezelfde schade had kunnen worden veroorzaakt, dat maakt dat kennelijk met de geschonden norm niet beoogd is te beschermen tegen de schade zoals geleden. Deze *case law underground* is door de uiteenlopende dogmatische constructies steeds verborgen gebleven (§ 9.2).

Wanneer met de geschonden norm beoogd is te beschermen tegen de schade zoals geleden, bestaat in beginsel aansprakelijkheid voor deze schade en is niet

68 HR 22 mei 2015, RvdW 2015/675 (*Witlox Van den Boomen Accountants/Wahring Consult*).

69 HR 25 mei 1928, NJ 1928/1688 m.nt. E.M. Meijers (*De Marchant et d'Ansembourg/Staat*).

relevant dat de schade ook rechtmatig kan worden toegebracht. Wanneer onduidelijk is of met de geschonden norm beoogd is te beschermen tegen de schade zoals geleden, kan uit het gegeven dat de schade ook rechtmatig toegebracht had kunnen worden, volgen dat met de geschonden norm kennelijk niet beoogd is tegen deze schade te beschermen. In allerlei gevallen kan op deze wijze tot een bevredigende begrenzing van aansprakelijkheid worden gekomen. Soms ligt de te beoordelen casus moeilijk en is het nodig om de voorliggende schadesituatie te vergelijken, enerzijds, met de schadesituaties waartegen met de geschonden norm wel beoogd is te beschermen en, anderzijds, met de situatie waarin de schade rechtmatig wordt toegebracht. Op die manier kan dan bepaald worden of het redelijk is aansprakelijkheid voor de schade zoals geleden te laten bestaan (§ 9.3).

Ook in het geval van aansprakelijkheid vanwege wanprestatie kan uit het gegeven dat de schade zoals geleden meer in het algemeen evengoed bij onberispelijke uitvoering van de overeenkomst zou kunnen ontstaan, volgen dat met de geschonden norm kennelijk niet beoogd is te beschermen tegen de schade zoals geleden (§ 9.4).

De grens is verwant aan de leer van Demogue-Besier. In die leer ligt het inzicht besloten dat het onredelijk kan zijn om aansprakelijkheid te laten bestaan voor de door een onrechtmatige daad veroorzaakte schade indien dezelfde schade op eenzelfde wijze rechtmatig had kunnen worden veroorzaakt. De inbedding van dit inzicht in het causaliteitsvereiste is echter ongelukkig, omdat op die manier in sommige gevallen een te scherpe en in andere gevallen een te ruime begrenzing van aansprakelijkheid wordt verkregen. Verder bestaat een zeker verband tussen de door mij verdedigde grens aan aansprakelijkheid en het leerstuk van hypothetische causaliteit (§ 9.5).

De begrenzing van aansprakelijkheid die zich met deze grens liet bereiken, kon in allerlei situaties niet met de in hoofdstuk 8 behandelde en met de in hoofdstuk 10 en 11 te behandelen grenzen aan de reikwijdte van aansprakelijkheid verkregen worden (§ 9.6).

10.1 Inleiding

474. Soms wordt schade veroorzaakt door een rechtsinbreuk of door een gedraging in strijd met een wettelijke plicht, maar is duidelijk dat de laedens niet tegelijkertijd een norm van ongeschreven recht heeft geschonden waarmee beoogd is de gelaedeerde te beschermen tegen de schade zoals geleden. Indien zich niet positief laat vaststellen dat met het recht waarop inbreuk is gemaakt of met de geschonden wettelijke plicht beoogd is de gelaedeerde te beschermen tegen de schade zoals geleden, kan uit de omstandigheid dat duidelijk is dat de laedens niet tegelijkertijd een dergelijke norm van ongeschreven recht heeft geschonden, volgen dat geen sprake is van een toereikend normatief verband tussen de onrechtmatige daad en de schade en dus geen aansprakelijkheid voor de veroorzaakte schade bestaat.

Deze grens laat zich aan de hand van de volgende casus illustreren. A snoeit zijn heg en daarbij komen takken op de oprit van buurman B terecht. A pleegt aldus inbreuk op een subjectief recht van B. Wanneer B 's avonds laat thuiskomt parkeert hij vanwege de takken op zijn oprit zijn auto op straat in plaats van in zijn garage. De volgende dag is de auto gestolen. B komt als gevolg daarvan te laat op zijn werk en mist een lucratieve transactie, of, omdat zijn auto is gestolen, gaat B met de trein naar zijn werk en loopt bij een spoorwegongeval letsel op. Mogelijk is ook dat het deponeren van takken op het trottoir in strijd is met de gemeenteverordening en dat daarom sprake is van een doen in strijd met een wettelijke plicht en vanwege dat doen dezelfde schade ontstaat. Naar mijn mening volgt uit het recht waarop inbreuk is gemaakt en uit de geschonden wettelijke plicht niet of voor deze schade al dan niet aansprakelijkheid dient te bestaan.¹ Wel laat zich mijns inziens vaststellen dat A geen norm van ongeschreven recht heeft geschonden waarmee beoogd is te beschermen tegen de schade zoals geleden. Op basis van die omstandigheid kan geconcludeerd worden dat voor de door de rechtsinbreuk of schending van een wettelijke plicht veroorzaakte schade geen aansprakelijkheid bestaat.

In de jurisprudentie is in enkele gevallen deze betekenis onderkend van het niet tegelijkertijd met de rechtsinbreuk of de schending van de wettelijke plicht door

¹ Deze casus ontleen ik aan Bloembergen 1993, p. 144, 145. Bloembergen meende dat noch het geschonden eigendomsrecht, noch de gemeenteverordening informatie geeft over de vraag of de schade uit de gemiste transactie of de schade ten gevolge van het letsel voor vergoeding in aanmerking komt; zie ook nr. 341.

de laedens schenden van een norm van ongeschreven recht. In dit hoofdstuk zal ik dit generaliseren en uitwerken wanneer en waarom in het algemeen om deze reden aansprakelijkheid dient te worden begrensd.

475. In het navolgende bespreek ik hoe deze grens aan aansprakelijkheid zich laat rechtvaardigen, wat het begrenzingscriterium is en tevens enkele casus waarin hiermee tot een redelijke begrenzing van aansprakelijkheid kan worden gekomen (§ 10.2). Vervolgens breng ik een algemene nuancering op deze grens aan (§ 10.3). Daarna bespreek ik de verhouding van deze grens tot de leer Smits en de leer van de schuld aan de schade (§ 10.4) en behandel ik de meerwaarde van deze grens ten opzichte van de andere grenzen aan aansprakelijkheid (§ 10.5). Ik sluit af met een samenvatting (§ 10.6).

10.2 Onrechtmatige daad: criterium, rechtvaardiging en gevallen

Algemeen

476. Indien zich laat vaststellen dat met het recht waarop inbreuk is gemaakt of met de geschonden norm beoogd is te beschermen tegen de schade zoals geleden, doet het voor de aansprakelijkheid voor deze schade niet ter zake of al dan niet door de laedens tegelijkertijd een zorgvuldigheidsnorm is geschonden. De schadesituatie ligt dan immers in de harde kern van het beschermingsbereik van dit recht of deze norm. De aansprakelijkheid van de laedens voor deze schade laat zich dan rechtvaardigen op de grond dat met dit recht of deze norm beoogd is te beschermen tegen de schade zoals geleden.²

In het diffuse gedeelte van het beschermingsbereik van het recht of de norm, waar zich niet laat vaststellen dat met het recht of de norm beoogd is te beschermen tegen de schade zoals geleden, wordt het anders. Het doel van het recht of de norm noopt er nu niet meer toe de schade toe te rekenen. Het gegeven dat de laedens op grond van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt niet gehouden was zijn gedrag met het oog op het geschade belang van de gelaedeerde aan te passen, maakt dat het meer in het algemeen kennelijk niet ontoelaatbaar wordt geacht om in het maatschappelijke verkeer dergelijke schade toe te brengen. Naar ik meen biedt het gegeven dat de laedens met een bepaalde gedraging inbreuk op een recht heeft gemaakt of een wettelijke norm heeft geschonden, terwijl zich niet laat vaststellen dat met dit recht of deze norm beoogd is te beschermen tegen de schade zoals geleden, onvoldoende rechtvaardiging om aansprakelijkheid te laten bestaan voor de veroorzaakte schade die naar ongeschreven recht rechtmatig kan worden toegebracht. Het is niet eenvoudig om dit nog verder te rationaliseren. In de hierna te bespreken casus uit de zaken *Taxusstruik*³ en *Verstekeling*⁴ spreekt dit ook vrijwel vanzelf. Mogelijk is om te zeggen dat kennelijk het doel van het recht of de norm niet is

2 Zie § 7.2.

3 HR 22 april 1994, *NJ* 1994/624 m.nt. C.J.H. Brunner (*Taxusstruik*).

4 HR 27 januari 1984, *NJ* 1984/536 m.nt. W.C.L. van der Grinten (*Verstekeling*).

tegen deze schade te beschermen omdat dit zich niet zou verhouden tot het gegeven dat meer in het algemeen kennelijk niet ontoelaatbaar wordt geacht om in het maatschappelijke verkeer dergelijke schade toe te brengen.

477. Met deze grens aan aansprakelijkheid komt tot uitdrukking dat de bescherming die ongeschreven normen van maatschappelijke betamelijkheid bieden, ook van belang is voor de reikwijdte van aansprakelijkheid vanwege de inbreuk op een recht of de schending van een wettelijke plicht. Al bij de vraag of überhaupt sprake is van de inbreuk op een recht of de schending van een wettelijke plicht, kunnen deze normen van ongeschreven recht van invloed zijn, juist waar het subjectieve recht of de wettelijke plicht meer algemeen omschreven is en daardoor minder goed is toegesneden op de omstandigheden van het geval.

Lindenbergh heeft geschreven dat naarmate het subjectieve recht vager en algemener omschreven is, bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een onrechtmatige rechtsinbreuk meer een beroep zal moeten worden gedaan op een belangenafweging waarbij ongeschreven normen een belangrijke rol spelen.⁵ Verheul heeft betoogd dat de vaststelling van de omvang van een subjectief recht soms bepaald wordt aan de hand van open normen. Volgens hem is dit in het bijzonder het geval waar de inhoud van het subjectieve recht niet gedetailleerd is vastgesteld in de wet en een nadere afbakening dus wordt overgelaten aan het ongeschreven recht.⁶ In bijvoorbeeld het geval van hinder wordt het antwoord op de vraag welke belemmering van het genot van een eigendomsrecht de eigenaar niet behoeft te dulden, en daarmee de omvang van het eigendomsrecht, met name bepaald door hetgeen in het maatschappelijk verkeer volgens ongeschreven recht betaamt.⁷ Voor wettelijke plichten geldt ook dat waar zij minder duidelijk in de wet zijn geformuleerd, bij de uitleg van zo'n plicht van belang kan worden hetgeen in het maatschappelijk verkeer naar ongeschreven recht betaamt.⁸ Eggens schreef "(...) *geen enkele rechtsnorm heeft absolute waarde, alle zijn tot elkaar betrokken, bepalen elkander in wederkerigheid*".⁹

De normen van ongeschreven recht kunnen dus van betekenis zijn bij de nadere invulling van de omvang van subjectieve rechten of van de inhoud van een wettelijke plicht, juist waar deze omvang of inhoud minder duidelijk is gegeven. Evenzo kan, naar ik meen en in dit hoofdstuk verder uitwerk, de bescherming die beoogd is met de normen van ongeschreven recht van belang zijn om de met een subjectief recht of een wettelijke plicht gegeven bescherming nader in te vullen, juist waar de omvang van deze bescherming niet duidelijk volgt uit het recht of de plicht zelf.

Twee gevallen uit de jurisprudentie

478. Uit het gegeven dat tegelijk met de rechtsinbreuk of de schending van de wettelijke plicht niet tevens een ongeschreven norm is geschonden waarmee beoogd is te beschermen tegen de schade zoals geleden, kan op vanzelfsprekende wijze volgen dat geen aansprakelijkheid voor die schade dient te bestaan. In het

5 Hartlief e.a. 2018 (Lindenbergh), nr. 35.

6 Verheul 2018, p. 857 en 859.

7 Vgl. art. 5:37 BW en hierover Verheul 2018, p. 857.

8 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015, nr. 45; Hartlief e.a. 2018 (Lindenbergh), nr. 25.

9 Eggens 1950, p. 453, 454.

navolgende bespreek ik een casus zowel voor de situatie waarin door een rechtsinbreuk schade wordt veroorzaakt als voor de situatie waarin door het handelen in strijd met een wettelijke plicht schade wordt veroorzaakt. Allereerst komt aan de orde *Taxusstruik*¹⁰ voor de situatie van de inbreuk op een recht.

Broen deponeerde een taxusstruik direct naast of op het perceel dat aan zijn buurman Hulsbosch toebehoorde. Een paard van Hulsbosch at van de taxusstruik en kwam ten gevolge daarvan te overlijden. Omdat Broen niet wist of behoefde te weten dat inwendig gebruik van taxus voor paarden fataal kan zijn, en dit ook geen feit van algemene bekendheid was, was voor Broen niet voorzienbaar dat Hulsbosch schade zou lijden. Op die grond oordeelde het hof, later gesanctioneerd door de Hoge Raad, dat Broen niet in strijd met de in het maatschappelijk verkeer betamende zorgvuldigheid heeft gehandeld. De Hoge Raad oordeelde tevens: “*een inbreuk op het eigendomsrecht van Hulsbosch, die uitsluitend bestaat in het boven diens grond hebben van een gedeelte van een losliggende struik, [vestigt] nog niet een aansprakelijkheid voor een vergiftiging als hier heeft plaatsgevonden, in het bijzonder niet indien degeen die de struik aldus heeft neergelegd, niet wist of behoefde te weten dat die struik vergiftig was.*” (rov. 3.3).

De Hoge Raad formuleerde zijn, hiervoor geciteerde, oordeel zodanig dat in het midden blijft of de inbreuk op het eigendomsrecht een onrechtmatige daad opleverde. Een gelukkige interpretatie van dit oordeel is mijns inziens dat wel sprake is van een onrechtmatige daad, maar dat hiermee nog geen aansprakelijkheid voor de vergiftiging is gevestigd omdat deze aansprakelijkheid niet zover reikt dat zij ook de vergiftigingsschade omvat.¹¹ De vraag rijst dan waarom deze aansprakelijkheid niet zover reikt. Het uitleggen van het eigendomsrecht (op het perceel) waarop inbreuk is gemaakt, leidt mijns inziens niet tot duidelijkheid over de reikwijdte van de aansprakelijkheid. Met dat eigendomsrecht wordt mijns inziens namelijk ook beoogd de eigenaar het ongestoorde genot te geven van de zaak, in dit geval het perceel, waarop het recht betrekking heeft. De vergiftigingsschade is schade ontstaan doordat Hulsbosch dit ongestoord genot niet heeft gehad. Enerzijds is de schade door de vergiftiging niet een basale of klaarblijkelijk niet-relevant andere schadesituatie, zodat zich niet laat vaststellen dat het bestaan van dit eigendomsrecht niet te verenigen zou zijn met het niet laten bestaan van aansprakelijkheid voor deze schade.¹² Anderzijds kan mijns inziens ook niet worden gezegd dat met het eigendomsrecht niet is beoogd tegen deze schade te beschermen.¹³ Bij deze onduidelijkheid brengt mijns inziens de omstandigheid dat wél duidelijk is dat Broen geen norm van ongeschreven recht heeft geschonden waarmee werd beschermd tegen de schade zoals geleden, ook mee dat de aansprakelijkheid vanwege de rechtsinbreuk niet omvat de schade zoals geleden. Het arrest van de Hoge Raad laat zich ook aldus begrijpen.

479. Voor de situatie van de schending van een wettelijke plicht bespreek ik *Verstekeling*¹⁴

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

11 Door het arrest op deze manier te begrijpen, wordt voorkomen dat in het arrest toepassing is gegeven aan de leer Smits en spanning ontstaat met de tekst van art. 6:162 BW en met latere jurisprudentie van de Hoge Raad. Zie over die leer § 2.5.3 en 10.4.

12 Zie hierover § 7.2.2.

13 Zie § 7.3.1 en vgl. Bloembergen 1993, p. 144, 145.

14 HR 27 januari 1984, *NJ* 1984/536 m.nt. W.C.L. van der Grinten (*Verstekeling*).

Van den Akker vloog met zijn bestelauto uit een scherpe bocht en vervolgens ook over de kop. Jansen had zich zonder medeweten van Van den Akker in de laadruimte van de bestelauto verschanst en liep bij het ongeval ernstig letsel op. Jansen sprak Van den Akker aan tot schadevergoeding. Van den Akker had door zijn rijgedrag in ieder geval art. 25 WVV (de veiligheid op de weg in gevaar brengen) geschonden en de schade van Jansen was daarvan ook het gevolg. De Hoge Raad oordeelde dat het hof “*terecht*” had geoordeeld dat “*het onjuiste verkeersgedrag van Van den Akker tegenover Jansen geen onrechtmatige daad opleverde*” omdat “*Van den Akker niet bedacht hoefde te zijn op de aanwezigheid van mensen in de laadruimte van zijn auto, en in zijn verkeersgedrag dus ook niet met eventueel daaraan verbonden gevaren voor het welzijn van deze mensen rekening behoeft te houden*” (rov. 3).

Een mijns inziens gelukkige interpretatie van dit arrest is, dat een grens aan de reikwijdte van aansprakelijkheid van de door de schending van een wettelijke plicht veroorzaakte schade wordt gevonden aan de hand van gedragsnormen van ongeschreven recht.¹⁵ Met de geschonden wettelijke plicht zal in het algemeen beoogd zijn te beschermen tegen letsel dat door onveilig verkeersgedrag kan ontstaan. Geen sprake is echter van een basale of niet relevant andere schadesituatie zodat zich niet laat vaststellen dat met de wettelijke plicht ook beoogd is te beschermen tegen de ontstane schadesituatie.¹⁶ Bij deze onduidelijkheid wordt de door normen van ongeschreven recht geboden bescherming van belang. Omdat deze normen slechts belangen beschermen waarop men bedacht is of dient te zijn,¹⁷ laat zich vaststellen dat Jansen niet werd beschermd door een voor Van den Akker geldende norm van ongeschreven recht. Dat gegeven brengt mee dat de door de schending van een wettelijke plicht veroorzaakte schade niet toerekenbaar is.

Nadere uitwerking criterium: rechtsinbreuk of schending wettelijke plicht die niet aan schuld te wijten is

480. Men zou aldus tot het criterium kunnen komen dat indien zich niet laat vaststellen dat met de geschonden norm beoogd is te beschermen tegen de schade zoals geleden, het gegeven dat door de laedens niet tevens een norm van ongeschreven recht is geschonden waarmee wel beoogd is te beschermen tegen de schade zoals geleden, maakt dat voor deze schade geen aansprakelijkheid bestaat. Dat criterium zou echter aansprakelijkheid te scherp begrenzen in de gevallen waarin de onrechtmatige daad niet op grond van schuld maar enkel op grond van de wet of de verkeersopvattingen kan worden toegerekend. In de gevallen waarin de onrechtmatige daad enkel op grond van de wet of de verkeersopvattingen kan worden toegerekend, kan namelijk de laedens geen verwijt worden gemaakt van de door hem gepleegde rechtsinbreuk of gedraging in strijd met een wettelijke plicht. In het algemeen zal door de laedens dan niet maatschappelijk onzorgvuldig zijn gehandeld.¹⁸

15 Zie fraai over de interpretatiemoeilijkheden waartoe dit arrest aanleiding geeft, Nieuwenhuis 1985, p. 88 t/m 93.

16 Zie hierover § 7.2.2.

17 Zie hierover § 7.3.3.

18 Hierbij wordt uitgegaan van de gebruikelijke opvatting over zorgvuldigheidsnormen waarin noodzakelijk is dat de laedens schade aan een bepaald belang kon voorzien of behoorde te voorzien, en niet van de door Sieburgh verdedigde ‘objectieve’ opvatting waarin ook buiten deze situaties iemand nog aan een zorgvuldigheidsnorm gebonden kan zijn (Sieburgh 2000, p. 93); zie nader § 7.3.3.

Ik geef enkele voorbeelden. Iemand legt beslag bij een vermeende schuldenaar. Achteraf blijkt diegene geen aanspraak op de vermeende schuldenaar te hebben gehad. De beslaglegger zal doorgaans door het leggen van beslag geen zorgvuldigheidsnorm hebben geschonden. Wel is het leggen van beslag onrechtmatig omdat sprake is van een rechtsinbreuk. Deze rechtsinbreuk kan niet op grond van schuld aan de beslaglegger worden toegerekend, omdat deze niet het verwijt kan worden gemaakt anders te hebben moeten handelen. Wel is de rechtsinbreuk toerekenbaar op grond van de verkeersopvattingen. Ook valt te denken aan aansprakelijkheid van de overheid vanwege het nemen van een besluit dat wordt vernietigd op grond van een wetsuitleg die voor het bestuursorgaan niet voorzienbaar was.¹⁹ Ook dan is geen sprake van schending van een zorgvuldigheidsnorm. De onrechtmatige daad bestaande uit het nemen van een later vernietigd besluit, is niet op grond van schuld toerekenbaar omdat het bestuursorgaan niet verweten kan worden anders te hebben moeten handelen. Wel is de onrechtmatige daad toerekenbaar op grond van de verkeersopvattingen.

Het zonder meer volgen van de regel dat voor de door een rechtsinbreuk of de schending van een wettelijke plicht veroorzaakte schade geen aansprakelijkheid bestaat indien met dat recht of met die plicht niet beoogd is te beschermen tegen de schade zoals geleden en duidelijk is dat de laedens niet tevens een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm heeft geschonden waarmee beoogd is te beschermen tegen deze schade zoals geleden, zou in deze gevallen doorgaans meebrengen dat geen aansprakelijkheid voor de veroorzaakte schade bestaat. Dat zou mijns inziens in strijd zijn met het bestaan van de mogelijkheid om een onrechtmatige daad ook zonder dat sprake is van schuld, toe te rekenen en de daarmee impliciet gegeven mogelijkheid dat ook dan een verplichting tot vergoeding van de door zo'n onrechtmatige daad veroorzaakte schade kan bestaan. Het zou immers weinig zin hebben om ook zonder schuld een onrechtmatige daad toe te kunnen rekenen als vervolgens steeds geconcludeerd zou worden dat wel aansprakelijkheid bestaat maar niet voor de daardoor veroorzaakte schade. Om deze reden is nodig het begrenzingscriterium enigszins te nuanceren.²⁰

481. Indien, zoals meestal het geval is, de rechtsinbreuk of de schending van de wettelijke plicht aan schuld van de laedens te wijten is, kan worden getoetst of de laedens geen zorgvuldigheidsnorm heeft geschonden waarmee beoogd is te beschermen tegen de schade zoals geleden. Hier is geen bijstelling nodig. Indien de onrechtmatige daad niet aan schuld van de laedens te wijten is, kan worden onderzocht of in de situatie waarin dezelfde onrechtmatige daad wel aan de schuld van de laedens te wijten zou zijn geweest, de laedens tevens een zorgvuldigheidsnorm zou hebben geschonden waarmee beoogd is de gelaedeerde te beschermen tegen de schade zoals geleden. Het niet door de laedens schenden van zo'n zorgvuldigheidsnorm in deze hypothetische situatie kan vervolgens beslissend worden gemaakt bij de begrenzing van aansprakelijkheid.

Het erbij denken van schuld is in het algemeen betrekkelijk eenvoudig. In het hiervoor gegeven voorbeeld van de rechtsinbreuk door beslaglegging dient dan te worden verondersteld dat de

19 HR 26 september 1986, *NJ* 1987/253 m.nt. M. Scheltema (*Staat/Hoffmann-La Roche*).

20 Zie ook § 10.4 waarin ik bespreek dat hetzelfde probleem speelt bij de leer Smits en de leer van de schuld aan de schade.

beslaglegger weet dat hij geen vordering heeft op zijn schuldenaar waardoor hij schuld krijgt aan de rechtsinbreuk.

Hanteert men deze bijstelling, dan is het probleem opgelost dat de regel tot een te scherpe begrenzing van aansprakelijkheid leidt ingeval de onrechtmatige daad slechts op grond van de wet of de verkeersopvattingen kan worden toegerekend. Beslissend dient om deze reden mijns inziens niet te zijn of voor de laedens geen zorgvuldigheidsnorm gold waarmee beoogd is te beschermen tegen de schade zoals geleden. In plaats daarvan is beslissend of de laedens, indien de onrechtmatige daad aan zijn of haar schuld te wijten is of zou zijn geweest, een dergelijke zorgvuldigheidsnorm heeft geschonden respectievelijk zou hebben geschonden.

Voorzienbaarheid van schade als factor

482. Het hangt van de omstandigheden van het geval af, of de laedens die zich onrechtmatig gedraagt, tevens een zorgvuldigheidsnorm schendt of zou schenden waarmee beoogd is te beschermen tegen de schade zoals geleden. Een wezenlijke omstandigheid in dit verband is of de laedens het gevaar, waarvan de schade zoals geleden als verwezenlijking kan gelden, voorzorg of behoorde te voorzien. Indien de laedens niet een dergelijk gevaar voorzorg of behoorde te voorzien, dan heeft hij in ieder geval geen zorgvuldigheidsnorm geschonden ter bescherming van dit gevaar.²¹ Aldus zien we dat de voorzienbaarheid van schade op deze wijze een rol speelt bij de begrenzing van aansprakelijkheid.

Het gaat hier niet om de voorzienbaarheid van de schade *zoals geleden*, maar om de voorzienbaarheid van een gevaar in abstracto dat zich nog op allerlei, soms onvoorzienbare, manieren zou kunnen verwezenlijken.

De vraag rijst of het, anders dan ik in dit hoofdstuk betoog, in plaats van het niet-bestaan van de zorgvuldigheidsnorm, niet eigenlijk de onvoorzienbaarheid van de schade is die de reikwijdte van aansprakelijkheid begrenst. In de verschillende eerder in dit hoofdstuk behandelde casus zou men bijvoorbeeld kunnen menen dat het gegeven dat de laedens de schade zoals geleden niet voorzorg of behoefde te voorzien, maakt dat geen aansprakelijkheid bestaat voor ten gevolge van de rechtsinbreuk of de schending van de wettelijke plicht geleden schade. Op die grond zou men tot de opvatting kunnen komen dat de begrenzing van aansprakelijkheid aan de hand van het niet-bestaan van een zorgvuldigheidsnorm onnodig gecompliceerd is.

Het antwoord op deze vraag is mijns inziens dat de beslissende omstandigheid het niet-bestaan van de zorgvuldigheidsnorm is en niet de onvoorzienbaarheid van de schade zoals geleden. Voorop kan worden gesteld dat, zoals wij eerder zagen, de voorzienbaarheid van de schade zoals geleden steeds afhangt van de wijze waarop de schade wordt beschreven en daarom als criterium of factor bij de bepaling van de reikwijdte van aansprakelijkheid niet bruikbaar is.²² Om dit probleem met de bepaling van de voorzienbaarheid van de schade zoals gele-

²¹ Zie § 7.3.3.

²² Zie § 4.3.2. Opgemerkt zij in dit verband dat de vraag of de schade *zoals geleden* voorzienbaar is, een andere is dan de vraag of, bij een bepaalde gedraging, voorzienbaar is dat schade geleden kan worden.

den te ontlopen, zou men wel kunnen bezien of vooraf een gevaar voorzienbaar was, waarvan zich laat vaststellen dat de schade zoals geleden kan gelden als verwezenlijking van dit gevaar. Op deze manier raken wij al dicht in de buurt van het toetsen of een concrete zorgvuldigheidsnorm geldt. De reden dat niet beslissend is de onvoorzienbaarheid van het gevaar waarvan de ontstane schade geldt als verwezenlijking, maar het niet voor de laedens gelden van een zorgvuldigheidsnorm waarmee beoogd is te beschermen tegen de schade zoals geleden, is de volgende. Mogelijk is dat dit gevaar wel voorzienbaar was, maar niet zo'n norm van ongeschreven recht voor de laedens gold en de aansprakelijkheid zich niet dient uit te strekken tot de schade zoals geleden. Mogelijk is met andere woorden dat om een andere reden dan de onvoorzienbaarheid van het gevaar, de laedens niet tegelijkertijd met de rechtsinbreuk of de schending van een wettelijke plicht een zorgvuldigheidsnorm heeft geschonden waarmee beoogd is te beschermen tegen de schade zoals geleden. Ook dan dient de laedens niet aansprakelijk te zijn voor deze schade.

De volgende casus illustreert dit. Op grond van een verklaring van een arts werd Harnett opgenomen in een gesloten psychiatrische inrichting. Ongeveer een maand na de opname wendde Harnett zich tijdens een proefverlof van achtentwintig dagen vrijwel dadelijk tot een zogenoemde 'Commissioner in Lunacy' teneinde aan te kaarten dat hij, zijns inziens, ten onrechte was opgesloten. Deze Commissioner meende dat Harnett niet in een 'fit state of mind' was, vroeg de inrichting telefonisch om Harnett op te komen halen en sloot intussen Harnett drie uur lang op. Harnett verbleef vervolgens nog bijna negen jaar in psychiatrische inrichtingen, waarna hij wist te ontsnappen. Vastgesteld werd vervolgens dat Harnett ten onrechte was opgenomen. Harnett sprak zowel de arts aan die de initiële verklaring had gegeven op grond waarvan hij was opgenomen, als de Commissioner die hem tijdelijk had opgesloten. Op de grond dat de initiële verklaring onjuist en onrechtmatig was, werd de arts veroordeeld tot vergoeding van de schade die Harnett had geleden gedurende de gehele periode dat hij ten onrechte opgenomen was.²³ De Commissioner die onrechtmatig had gehandeld door Harnett door opsluiting korte tijd van zijn vrijheid te beroven, werd aansprakelijk geoordeeld voor schade die was ontstaan tot op het moment dat Harnett werd opgehaald door de medewerkers van de psychiatrische inrichting: het House of Lords achtte het causale verband met de verdere door Harnett geleden schade 'verbroken'²⁴ door de 'novus actus interveniens' van de vervolgoepsluiting door de medewerkers van de psychiatrische inrichting.²⁵

Naar Nederlands recht zou de Commissioner door het opsluiten van Harnett inbreuk maken op het vrijheidsrecht van Harnett en bovendien een wettelijke verplichting schenden (vgl. art. 282 Sr). Niet laat zich vaststellen dat deze algemene normen juist beogen te beschermen tegen de schade zoals Harnett vervolgens gedurende een periode van negen jaar heeft geleden. Het voorzienbare gevolg

23 *Harnett v. Fisher* [1927] AC 573.

24 Het House of Lords oordeelde hier niet over het *condicio-sine-qua-non*-verband: dan zou immers nodig zijn te bepalen wat zonder de opsluiting door de Commissioner zou zijn gebeurd. Uit de uitspraak blijkt niet goed waarom Harnett meende dat feitelijk causaal verband bestond tussen de onrechtmatige daad van de Commissioner en zijn daaropvolgende opsluiting in de inrichting. Denkbaar is dat Harnett meende dat hij zonder die opsluiting niet in de inrichting zou zijn teruggekeerd. Voor mijn betoog doet dat niet ter zake: feitelijk causaal verband zou kunnen bestaan en dan illustreert dit voorbeeld dat niet de onvoorzienbaarheid van schade, maar het niet bestaan van een zorgvuldigheidsnorm aan toerekening in de weg staat.

25 *Harnett v. Bond* [1925] AC 669.

van de opsluiting door de Commissioner is dat Harnett vervolgens weer zal worden opgenomen in een psychiatrische inrichting. De Commissioner schendt, ondanks dit voorzienbare gevolg, door het opsluiten van Harnett niet tevens een zorgvuldigheidsnorm waarmee beoogd is te beschermen tegen het opgesloten zijn in een psychiatrische inrichting. Hier is sprake van nadeel – het op door de wet gereguleerde wijze worden opgenomen in een gesloten inrichting – dat men, ook waar het voorzienbaar is, naar ongeschreven recht mag toebrengen. Dát gegeven maakt dat de aansprakelijkheid zich niet uitstrekt tot deze schade. Het voor de reikwijdte van aansprakelijkheid beslissende gegeven is aldus het niet-bestaan van een zorgvuldigheidsnorm waarmee beoogd is te beschermen tegen de schade zoals geleden en niet de onvoorzienbaarheid van het gevaar van het ontstaan van de schade.

De begrenzing bij normen van ongeschreven recht

483. De onderhavige grens aan de reikwijdte van aansprakelijkheid heeft vooral betekenis bij rechten en normen met een sterk algemeen karakter. Het algemene karakter van deze rechten en normen brengt mee dat deze rechten en normen in heel diverse situaties op heel uiteenlopende wijzen kunnen worden geschonden. Juist omdat schending van zo'n algemeen recht of algemene norm op heel uiteenlopende manieren tot schade kan leiden, laat zich veelal niet goed door uitleg van het recht of van de norm vaststellen of met het recht of met de norm wel of niet beoogd is te beschermen tegen deze schade.²⁶ Juist dan is het nodig om op een andere wijze de grens aan aansprakelijkheid te bepalen en juist dan heeft hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt betekenis.²⁷

De grens is hierom vooral van belang in het geval van een rechtsinbreuk en in het geval van de schending van wettelijke plichten. In het geval van ongeschreven zorgvuldigheidsnormen zal de hier behandelde grens veelal samenvallen met de in hoofdstuk 8 besproken grens dat de schade niet beantwoordt aan het doel van de geschonden norm.

De volgende casus illustreert dit. Ubbink liet haar werknemers de vloer van een bedrijfshal met de stof Pulga TM egaliseren. Op het etiket op de jerrycan waarin deze stof zich bevond, stond dat de stof niet in een afgesloten ruimte verwerkt diende te worden omdat het inademen van dampen gevaarlijk is. In weerwil van dit voorschrift werd de stof verwerkt in een afgesloten bedrijfshal. In die bedrijfshal ontstond een zeer felle en snel om zich heen grijpende brand, naar achteraf bleek, doordat een vonk de brandbare damp van de stof had ontstoken. De gesubrogeerde verzekeraar van de eigenaar van de bedrijfshal sprak Ubbink aan tot schadevergoeding op de grond dat als conform het voorschrift de hal zou zijn geventileerd de brand niet zou zijn ontstaan. Het hof wees deze vordering af. De Hoge Raad sanctioneerde dat oordeel met de motivering dat het gevaar waarop de waarschuwing op het etiket betrekking had, zich niet had verwezenlijkt.²⁸ Deze uitkomst kan men ook bereiken door de toepassing van de hier behandelde grens aan de reikwijd-

26 Vgl. – omgekeerd – Kramer 2005, p. 254 “*The more detailed the underlying obligation (...) the more work the right does in determining the remedy and the less work there is left for external policies and rules.*” en in vergelijkbare zin Friedmann 1995, p. 639 en Smith 2004, p. 393, 394.

27 Vgl. ook Bloembergen 1993, p. 144, 145.

28 HR 6 november 1987, NJ 1988/193 (*Pulga TM*).

te van aansprakelijkheid: geen zorgvuldigheidsnorm bestaat immers, ook niet als Ubbink schuld aan de geschonden norm heeft of zou hebben, die beschermt tegen de schade zoals geleden.

Hier zien we dat het doel van een norm van ongeschreven recht op twee manieren duidelijk kan worden gemaakt. Enerzijds kan men zeggen dat het doel van zo'n norm is het voorkomen van het voorzienbare gevaar met het oog waarop men anders had dienen te handelen.²⁹ Anderzijds heeft het gegeven dat geen zorgvuldigheidsnorm bestaat waarmee beoogd is te beschermen tegen het risico dat zich heeft verwezenlijkt, de wetssystematische betekenis dat met de geschonden zorgvuldigheidsnorm ook niet tegen deze schade beoogd is te beschermen. Het gaat hier vanzelfsprekend om twee kanten van dezelfde medaille.

De begrenzing in het geval van verder weg liggende schade en bij een secundair gelaedeerde

484. De onderhavige grens is vooral van belang bij schade die relatief 'dicht' bij de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis ligt.³⁰ Juist voor deze schade legt het mijns inziens duidelijk gewicht in de schaal wanneer duidelijk is dat de laedens geen zorgvuldigheidsnorm heeft geschonden waarmee beoogd is te beschermen tegen de schade zoals geleden. Soms lijdt een gelaedeerde ten gevolge van een onrechtmatige daad schade, en leidt dat eerste schadelijke gevolg tot verdere schade voor die gelaedeerde. Veelal laat zich dan niet met voldoende zekerheid vaststellen dat de laedens niet tevens een zorgvuldigheidsnorm heeft geschonden waarmee beschermd wordt tegen die verder weg liggende schade. Onder omstandigheden kan niettemin de in dit hoofdstuk besproken grens ook worden gebruikt om aansprakelijkheid voor verder weg liggende schade uit te sluiten.

In de haven van Sydney nam een schip bunkerolie in. Een grote hoeveelheid bunkerolie lekte hierbij in het water. De bunkerolie spoelde na enkele uren aan bij een werf waar op dat moment laswerkzaamheden werden uitgevoerd. Algemeen werd aangenomen dat bunkerolie op water niet brandbaar was, maar toen hete deeltjes metaal in aanraking met de bunkerolie kwamen, vatte de olie toch vlam. De werf werd door de daaropvolgende brand grotendeels verwoest. De eigenaar van de werf sprak de voor het schip verantwoordelijken aan tot schadevergoeding. Het laten weglekken van olie in een zeehaven werd onrechtmatig geoordeeld. Op de grond dat de laedens niet wist en redelijkerwijs ook niet behoefde te weten dat bunkerolie op water brandbaar was, oordeelde de Judicial Committee of the Privy Council dat de schadevergoedingsverplichting zich niet uitstrekte tot de schade die door de brand was veroorzaakt.³¹

In deze zaak zou aansprakelijkheid bestaan voor het eerste schadelijke gevolg: de verontreiniging van de werf met bunkerolie. Indien de gelaedeerde ten gevolge van onrechtmatige daad schade heeft geleden waarvoor de laedens aansprakelijk is, is de laedens doorgaans ook aansprakelijk voor de schade die de gelaedeerde

²⁹ Zie § 7.3.3.

³⁰ Vgl. Stoll 1968, p. 25, die voor de vergelijkbare leer van de schuld aan de schade tot dezelfde conclusie komt en Moore 2009, p. 217 e.v. die hetzelfde aantoonst voor de *harm-within-the-risk-test*.

³¹ *Overseas Tankship (UK) Ltd. v. Morts Dock and Engineering Co. Ltd. (The Wagon Mound No. 1)* [1961] UKPC 2; [1961] AC 388; [1961] 1 All ER 404.

lijdt ten gevolge van dat eerste schadelijke gevolg.³² In dit geval doet zich echter de bijzonderheid voor dat vanwege de onvoorzienbaarheid van de brandbaarheid van de bunkerolie duidelijk is dat, zelfs als schuld aan het weglekken van de bunkerolie bestond of zou hebben bestaan, geen zorgvuldigheidsnorm is geschonden die beschermt tegen de mogelijkheid van brand. Het niet-bestaan van deze zorgvuldigheidsnorm maakt dat de aansprakelijkheid zich niet uitstrekt tot de door brand veroorzaakte schade.

485. De in dit hoofdstuk behandelde grens kan mijns inziens ook goede diensten bewijzen bij de begrenzing van door secundair gelaedeerden³³ geleden schade.

Een trailer vervoerde een graafmachine over de snelweg. De arm van deze machine was niet volledig naar beneden gebogen waardoor de combinatie een hoogte had van bijna vijf meter. De combinatie kwam door deze te grote hoogte in aanrijding met een brug over de snelweg. De brug raakte daardoor ernstig beschadigd. Vanwege instortingsgevaar moest de snelweg enkele dagen worden afgesloten zodat reparatiewerkzaamheden plaats konden vinden. Op de radio werd automobilisten aanbevolen met een behoorlijke omweg om te rijden. Net buiten het afgesloten weggedeelte lag een *Autobahnrastanlage* waar het gedurende de afsluiting minder druk was dan gewoonlijk. De eigenaar stelde door de afsluiting in enkele dagen een schade van ongeveer € 38.000,- te hebben geleden. De aanspraak op schadevergoeding van deze eigenaar tegen de vervoerder van de graafmachine werd in drie Duitse rechterlijke instanties afgewezen. Niet in geschil was dat door de beschadiging van de brug door de vervoerder normen uit de *Straßenverkehrsordnung* waren geschonden. Het Bundesgerichtshof oordeelde echter dat voor zover die normen “den Straßenverkehr selbst vor Störungen schützen wollen, dienen sie allein dem öffentlichen Interesse und nicht auch den Vermögensinteressen derjenigen, die von einer Verkehrsstörung und der daraus folgenden Beschränkung der Nutzbarkeit einer Straße besonders betroffen sind”.³⁴

Naar Nederlands recht zou in deze zaak in strijd zijn gehandeld met (onder meer) art. 5 en 25 WWV.³⁵ Men zou dan, net zoals het Bundesgerichtshof doet, kunnen zeggen dat dit voorschrift niet strekt tot bescherming van personen die schade lijden doordat vanwege een ongeval de weg enige tijd niet goed bruikbaar meer is. Hoewel die uitkomst aansprekt, rijst de vraag hoe tot een dergelijke beperking van het beschermingsbereik gekomen wordt: naar ik meen blijkt namelijk niet dat de wetgever dat daadwerkelijk niet heeft beoogd, en geeft men slechts een redelijke uitleg aan de beoogde bescherming. Verklaard dient dan te worden waarom deze uitleg redelijk is.

Gebruikelijk is om in dit soort zaken op het ‘*floodgate*’-argument³⁶ te wijzen: als door ongevallen veroorzaakte zuivere vermogensschade van secundair gelaedeerden voor vergoeding in aanmerking zou komen, dan wordt de aansprakelijk-

32 Zie § 11.2.

33 Zie over de term secundair gelaedeerde nr. 153.

34 BGH 9 december 2014, *NJW* 2015, 1174.

35 Zie over dergelijke aansprakelijkheid: HR 19 december 1975, *NJ* 1976/280 m.nt. G.J. Scholten (*Rijksweg 12*) en HR 12 december 2014, *NJ* 2015/366 m.nt. S.D. Lindenbergh (*Achmea/Staat*).

36 De literatuur hierover is omvangrijk; ik noem slechts: Bloembergen 1965, nr. 169; Spier & Haazen 1998, p. 6 e.v.; Koziol 2006, p. 875 e.v.; en Van Dam 2013, p. 209. Kritisch over deze gedachte zijn Perry 1992, p. 262 e.v.; Stapleton 2002, p. 536, 543 e.v.; en Van Boom 2004, p. 33 e.v.

heidslast ondragelijk groot.³⁷ Naar ik meen is dat, ook nogal gemakkelijke,³⁸ argument niet steeds overtuigend. In bovenstaande casus is de schade van de eigenaar van de *Autobahnrastanlage* relatief gering, zeker in verhouding tot de vermoedelijke kosten van het herstel van de brug. Het ook voor vergoeding in aanmerking laten komen van deze schade verhoogt de aansprakelijkheidslast nauwelijks. Het voor vergoeding in aanmerking laten komen van deze schade noopt er, naar ik meen, ook niet zonder meer toe om ook de schade van alle verkeersdeelnemers die door file of het moeten omrijden vertraging opliepen, voor vergoeding in aanmerking te laten komen. Waar de aansprakelijkheid in een concreet geval ondragelijk wordt, is bovendien steeds mogelijk om de aanspraak op schadevergoeding te matigen (art. 6:109 BW). Om deze redenen laat zich naar mijn mening niet goed inzien waarom de eigenaar van de *Autobahnrastanlage* een aanspraak op schadevergoeding ontzegd zou moeten worden omdat anders de aansprakelijkheidslast ondragelijk zou worden.

De reden waarom het niet redelijk is om de schade van de eigenaar van de *Autobahnrastanlage* voor vergoeding in aanmerking te laten komen, moet daarom elders worden gezocht. Naar mijn mening geeft Perry een bruikbaar uitgangspunt waar hij schrijft dat:

*“(...) in a market based economy in a liberal society individual economic interests are inevitably subject to a broad range of interference, which may well be intentional in character, by other persons. (...) The problem in the unrestricted case [waar alle gelaedeerden in een schadeketen hun schade vergoed zouden krijgen] is not merely that liability would be extensive [het ‘floodgate’-probleem], but rather that unrestricted liability would not be compatible with the inherently vulnerable nature of economic interests.”*³⁹

De gedachte van Perry is dat het recht in het algemeen toelaat dat personen elkaar, soms zelfs opzettelijk, schade in de economische sfeer toebrengen. Volgens Perry zou zich met dat gegeven niet laten verenigen om tot vergoeding van dergelijke schade te verplichten wanneer zij ontstaat als een min of meer toevallig gevolg van een jegens een ander gepleegde onrechtmatige daad. Deze gedachte, die aansluit bij het methodologische vertrekpunt van dit proefschrift,⁴⁰ laat zich goed operationaliseren met de in dit hoofdstuk behandelde grens aan de reikwijdte van aansprakelijkheid. Naar ongeschreven recht is het toebrengen van zuivere vermogensschade binnen tamelijk ruime grenzen toegestaan. In het bijzonder is bijvoorbeeld als uitgangspunt toegestaan dat restauranthouders elkaar door concurrentie schade toebrengen. Met het beschadigen van het viaduct wordt door de laedens naar ik meen niet tevens een zorgvuldigheidsnorm geschonden waarmee beoogd is om de eigenaar van de *Autobahnrastanlage* tegen omzetting te beschermen.⁴¹ Omdat zich ook niet positief laat vaststellen dat met de geschonden wettelijke norm beoogd is te beschermen tegen de schade zoals geleden, reikt de aansprakelijkheid vanwege de schending van die norm niet zover dat

37 Verheij 2016, p. 1328 e.v. meent dat op deze grond de niet-aansprakelijkheid in deze casus zich laat verklaren.

38 Vgl. ook Giesen 2005, p. 154.

39 Perry 1992, p. 265, 267.

40 Zie nader § 1.3.

41 Op dezelfde wijze laat zich beredeneren de uitkomst waartoe Rb. Almelo 25 oktober 2005, *NJF* 2006/43 (*Sesam/Vredestein Banden*) kwam.

daar ook de zuivere vermogensschade van de eigenaar van de *Autobahnrastanlage* onder valt.

Door op deze wijze aansprakelijkheid te begrenzen met behulp van ongeschreven zorgvuldigheidsnormen, verandert de relativiteits- en toerekeningsvraag deels in een probleem van het al dan niet bestaan van zo'n zorgvuldigheidsnorm. Het is zeker niet zo dat daarmee in alle gevallen volkomen helderheid over de grenzen aan aansprakelijkheid wordt verkregen. Soms is dat echter wel het geval zoals blijkt uit de in het voorgaande besproken casus. Verder wordt naar ik meen in ieder geval op deze wijze een gelukkiger kader geboden om het probleem van het vinden van de grens aan aansprakelijkheid op te lossen. Het nader bespreken van ongeschreven zorgvuldigheidsnormen valt buiten het bestek van dit boek.

10.3 Nuancering

486. Naar ik heb betoogd, is de laedens niet aansprakelijk voor de door een onrechtmatige daad veroorzaakte schade indien zich niet laat vaststellen dat met het recht waarop inbreuk is gemaakt of met de geschonden norm beoogd is te beschermen tegen de veroorzaakte schadesituatie, terwijl tevens duidelijk is dat de laedens, zelfs als hij schuld heeft of zou hebben gehad aan de onrechtmatige daad, zich niet op grond van het ongeschreven recht anders had dienen te gedragen ter voorkoming van de schade zoals geleden. Mogelijk is echter dat de door de rechtsinbreuk of de schending van de norm veroorzaakte schadesituatie een grote mate van gelijkenis vertoont – qua persoon van gelaedeerde, het soort schade en de wijze van ontstaan van de schade – met schadesituaties waarvan zich wel positief laat vaststellen dat met het subjectieve recht of met de norm beoogd is daartegen te beschermen. Deze gelijkenis kan maken dat wel aansprakelijkheid voor de schade zoals geleden bestaat.

Illustratief is het *Spitzhacke Fall*.⁴² Een aannemer brak in opdracht van de gemeente een straat open. De straat werd in verband met deze werkzaamheden afgezet, maar het trottoir niet. Een passerende voetganger werd getroffen door een metaalsplinter die vanaf een nieuw pikhouweel sprong. Vast kwam te staan dat het trottoir afgezet had dienen te worden ter voorkoming van het getroffen worden van voetgangers door stukken steen bij het openhakken van de straat. Ook werd vastgesteld dat indien het trottoir adequaat zou zijn afgezet, de voetganger niet door de metaalsplinter was getroffen. Het Bundesgerichtshof oordeelde dat ook aansprakelijkheid bestond voor de door de metaalsplinter veroorzaakte schade en motiveerde: “*Daß demnach mit Splittern von Stein in der Regel und mit solchen aus Metall kaum jemals zu rechnen ist, kann indessen solange keinen Unterschied machen, als ein Unfall sich innerhalb der Zone der gewöhnlichen Splitterwirkung ereignet. Auch Absprengungen von Steinen können auf naturgesetzlich seltene Weise zustande kommen, ohne daß es gerechtfertigt wäre, hierauf im Schadensfalle abzustellen.*”

42 BGH 21 februari 1961, *VersR* 1961, 465. In deze zaak speelt ook een relativiteitsprobleem, dat zal in nr. 392 behandeld worden.

Uit deze casus blijkt hoe het normatieve gewicht van de harde kern van het beschermingsbereik van de geschonden norm zich doet gevoelen. Niet laat zich vaststellen dat met de geschonden norm beoogd is te beschermen tegen de schade zoals geleden. Wanneer niet goed rekening kon worden gehouden met het van een nieuw pikhouweel afspringen van een metaalsplinter, zal de aannemer bovendien geen zorgvuldigheidsnorm hebben geschonden die bescherming biedt tegen het door zo'n metaalsplinter veroorzaken van schade. In beginsel zou om die reden voor dergelijke schade geen aansprakelijkheid bestaan. De schade zoals geleden vertoont echter een zo grote mate van gelijkenis met de schade in de harde kern van het beschermingsbereik van de geschonden norm waarvoor wel aansprakelijkheid bestaat, dat het niet redelijk zou zijn om deze schade, die bij normconform gedrag niet zou zijn ontstaan, niet aan de normschendende gedraging toe te rekenen. Ook het Bundesgerichtshof bracht tot uitdrukking dat niet gerechtvaardigd is onderscheid te maken tussen schade die is veroorzaakt door een splinter van steen en schade die is veroorzaakt door een splinter van metaal.⁴³

Ingeval de schadesituatie zoals geleden een voldoende mate van gelijkenis vertoont met de schadesituaties waartegen de geschonden norm wel beoogt te beschermen, dient mijns inziens in beginsel toch aansprakelijkheid te bestaan voor de schade zoals geleden en deze schade dus te worden toegerekend. Op dit gebied kunnen zich wellicht ook gevallen voordoen waarbij de reden om wel aansprakelijkheid voor de schade te laten bestaan (de ontstane schadesituatie lijkt sterk op schadesituaties waartegen met het recht waarop inbreuk is gemaakt of met de geschonden wettelijke plicht wel beoogd is te beschermen) en de reden om voor de schade geen aansprakelijkheid te laten bestaan (er geldt geen norm van ongeschreven recht die beschermt tegen de schade zoals geleden) ongeveer even zwaar wegen. In een dergelijk geval lijkt mij denkbaar om de schade over laedens en gelaedeerde te verdelen.⁴⁴

10.4 Verhouding tot de leer Smits en de leer van de schuld aan de schade

487. De in dit hoofdstuk door mij uitgewerkte grens aan de reikwijdte van aansprakelijkheid houdt nauw verband met zowel de leer Smits⁴⁵ als de leer van de schuld aan de schade.⁴⁶ In deze beide leren ligt mijns inziens het waardevolle inzicht besloten dat ook waar sprake is van een rechtsinbreuk of de schending van een wettelijke norm, de gedragsnormen van ongeschreven recht van betekenis blijven bij het bereiken van een redelijke begrenzing van aansprakelijkheid. Met name hebben deze normen van ongeschreven recht betekenis, wanneer het

43 Het is overigens niet zo dat als de schade van het *soort* is waartegen met de geschonden norm beoogd is te beschermen, het er niet meer toe doet op *welke wijze* deze schade precies is ontstaan, zie nader nr. 361.

44 Dogmatisch kan dat bijvoorbeeld door de schade geheel toe te rekenen, maar vervolgens op grond van art. 6:101 BW een afslag op de schadevergoedingsplicht aan te nemen omdat de schade is veroorzaakt door omstandigheden die maakten dat de gelaedeerde steeds een bepaald risico liep dat zich heeft verwezenlijkt, en die omstandigheden aan de gelaedeerde kunnen worden toegerekend.

45 Zie § 2.5.3.

46 Zie § 2.5.4.

recht waarop inbreuk is gemaakt of de wettelijke plicht die is geschonden, algemeen van aard is.⁴⁷

488. In beide leren is dit inzicht echter op een ongelukkige manier geïmplementeerd. Onder het huidige burgerlijk wetboek is de leer Smits al weinig aantrekkelijk omdat zij haaks staat op de bewoordingen van art. 6:162 BW. Deze bewoordingen maken immers duidelijk dat een rechtsinbreuk en de schending van een wettelijke plicht op zichzelf, en anders dan de leer Smits tot uitgangspunt neemt, een onrechtmatige daad opleveren. Dit uitgangspunt van de wet doet, naar ik meen, ook recht aan het gewicht dat subjectieve rechten en wettelijke plichten in onze rechtsorde hebben. De leer Smits relateert deze subjectieve rechten en wettelijke plichten op categorische wijze. Deze categorische relativering is onnodig omdat de leer Smits slechts gebruikt wordt om voor enkele uitzonderingsgevallen een oplossing te geven.⁴⁸ Omdat de categorische relativering onnodig is, is zij mijns inziens ook onrecht. Verder doet zich bij de toepassing van de leer Smits het wezenlijke praktische probleem voor dat onduidelijk is hoe beoordeeld dient te worden of een rechtsinbreuk of de schending van een wettelijke plicht in het concrete geval maakt dat sprake is van een onrechtmatige daad: het niet beslissend laten zijn van het gegeven dat sprake is van een rechtsinbreuk of de schending van een wettelijke plicht, maakt dat steeds aan de hand van andere omstandigheden moet worden vastgesteld of een gedraging onrechtmatig was, maar onduidelijk is hoe. De leer Smits verhoudt zich voorts moeizaam tot de mogelijkheden die art. 6:162 BW biedt om een onrechtmatige daad waaraan de laedens geen schuld heeft, niettemin aan de laedens toe te rekenen. In de gevallen waarin een onrechtmatige daad uitsluitend op grond van de wet of op grond van de verkeersopvattingen toerekenbaar is, ligt namelijk niet voor de hand dat een norm van ongeschreven recht aangenomen kan worden zodat volgens de leer Smits überhaupt geen sprake is van een onrechtmatige daad. Dat verhoudt zich niet goed tot de door de wet geboden mogelijkheden om een onrechtmatige daad toe te rekenen ook wanneer de laedens daaraan geen schuld heeft.

489. Ook de leer van de schuld aan de schade laat zich zonder veel moeite als ongelukkig kwalificeren: het verlangen van schuld aan de schade leidt tot een te scherpe begrenzing van aansprakelijkheid. In de eerste plaats omdat zich vaak niet goed laat vaststellen dat de laedens ook schuld heeft aan 'verder liggende' schade. Toepassing van de leer van de schuld aan de schade leidt dan ertoe dat geen aansprakelijkheid voor die verder liggende schade bestaat, terwijl wel redelijk is die schade toe te rekenen.⁴⁹

Bloembergen heeft helder geïllustreerd dat schuld aan de schade zich juist bij verder liggende schade niet goed als criterium laat hanteren: *"Had gedaagde die een auto beschadigd heeft, ook met het oog op de expertisekosten en de bedrijfsschade van eiser anders behoren te handelen dan hij gedaan heeft? Had gedaagde, die iemand verwond heeft, ook met het oog op de renteneurose*

47 Ook bijvoorbeeld volgens Van Dam 2000, p. 221 t/m 226 en 235, een hedendaagse bepleiter van de leer Smits, gaat het er in de leer Smits om een oplossing te vinden voor het probleem dat een algemeen geformuleerd voorschrift niet goed aansluit bij de zich in concreto voordoende situatie.

48 In deze zin ook Bloembergen 1991, p. 129 en Brunner 1991, p. 1626; Vgl. ook Sieburgh 2000, p. 79.

49 Zie nr. 496.

*van eiser of met het oog op diens onoordeelkundige medische behandeling anders behoren te handelen dan hij gedaan heeft?*⁵⁰

Deze voorbeelden maken duidelijk dat juist bij verder van de onrechtmatige daad af gelegen schade in het algemeen niet goed meer met het vereiste van schuld aan de schade kan worden gewerkt om aansprakelijkheid voor door onrechtmatige daad veroorzaakte schade te begrenzen.⁵¹ In de tweede plaats komt het vereiste van de schuld aan de schade, net zoals de leer Smits, in conflict met de mogelijkheid die ons burgerlijk wetboek biedt om een onrechtmatige daad ook toe te rekenen als de laedens daaraan geen schuld heeft.

490. Gelukkiger is naar mijn mening om met het inzicht dat de door de normen van ongeschreven recht geboden bescherming ook van belang is voor de reikwijdte van aansprakelijkheid in het geval van een inbreuk op een subjectief recht of de schending van een wettelijke plicht, een uitzonderingsregel te creëren. Beter is ook om deze regel niet in de onrechtmatigheid in te bedden maar in het relativiteitsvereiste of in het toerekeningsvereiste. Op deze wijze doet men, anders dan met de leer Smits, het stelsel van art. 6:162 BW geen geweld aan. Ook behoeft men niet om in uitzonderingssituaties tot gewenste resultaten te komen, de betekenis van de rechtsinbreuk en van de schending van een wettelijke plicht categorisch te relativiseren. Verder ontstaat niet het probleem, zoals bij de leer Smits, dat onduidelijker wordt wanneer een gedraging wel en wanneer een gedraging niet onrechtmatig is. Op deze manier ontstaat ook niet, zoals bij toepassing van de leer van de schuld aan de schade, een te scherpe begrenzing van aansprakelijkheid voor verder liggende schade. Door de nuance in het criterium, zoals in nr. 480 besproken, aan te brengen, ontstaat voorts niet het probleem dat ingeval een onrechtmatige daad niet op grond van schuld toerekenbaar is, tot een te enge begrenzing van aansprakelijkheid wordt gekomen.

10.5 Meerwaarde ten opzichte van de andere grenzen

491. Ook voor de in dit hoofdstuk behandelde grens aan de reikwijdte van aansprakelijkheid geldt dat hiermee in bepaalde casustypen een begrenzing kan worden bereikt, die niet kan worden verkregen met de in hoofdstuk 8 en 9 behandelde en de in hoofdstuk 11 te behandelen grenzen aan de reikwijdte van aansprakelijkheid.

Dit laat zich illustreren aan de hand van de in nr. 474 besproken casus waarin takken in de tuin van een buurman geraken en als gevolg daarvan diens auto gestolen wordt. Aansprakelijkheid laat zich hier afgrenzen doordat wel een rechtsinbreuk en/of de gemeenteverordening is geschonden, maar tegelijkertijd duidelijk is dat geen norm van ongeschreven recht is geschonden die beoogde te beschermen tegen het risico dat de auto zou worden gestolen. Aansprakelijkheid laat zich in deze casus niet goed begrenzen door aan het eigendomsrecht of aan de gemeenteverorde-

50 Bloembergen 1965, nr. 125.

51 Onder het huidige burgerlijk wetboek wordt de vraag of expertisecosten voor vergoeding in aanmerking komen op grond van art. 6:96 BW beantwoord onafhankelijk van de subjectieve gesteldheid van de laedens.

ning te ontlenen gegevens over de daarmee beoogde bescherming⁵² – de in hoofdstuk 8 behandelde grens. Denkbaar is dat dezelfde schade rechtmatig wordt toegebracht: bijvoorbeeld als de buurman toestemming zou hebben gegeven om de takken op zijn perceel te deponeren, of dat hij, zonder blokkade van zijn oprit, zelf had besloten zijn auto buiten te laten staan. Maar niet goed laat zich zeggen of de schade op *niet-relevant andere* wijze toegebracht kan worden: als er toestemming was gegeven of de buurman zelf besloten had zijn auto buiten te laten staan, lag de casus anders. Uit het rechtmatig alternatief – de in hoofdstuk 9 behandelde grens – laat zich in ieder geval niet afleiden dat met het recht waarop inbreuk is gemaakt of met de geschonden wettelijke plicht, niet beoogd is te beschermen tegen de schade zoals geleden. Tot slot kan ook niet goed worden gezegd dat sprake is van de verwezenlijking van een niet-vergroot risico – de in hoofdstuk 11 behandelde grens – het risico dat een auto gestolen wordt als de garage niet goed toegankelijk meer is, lijkt mij toe te nemen.

492. De in dit hoofdstuk behandelde grens aan aansprakelijkheid, kan onder omstandigheden wel samenvallen met de grens aan aansprakelijkheid die volgt uit het bestaan van een rechtmatig alternatief of uit het doel van de geschonden norm.

In nr. 483 zagen wij dat wanneer sprake is van de schending van een norm van ongeschreven recht, de onderhavige grens samenvalt met de begrenzing van aansprakelijkheid aan de hand van het doel van de geschonden norm.

10.6 Samenvatting

493. Indien zich in het geval van de inbreuk op een recht of de schending van een wettelijke plicht niet laat vaststellen dat met het recht waarop inbreuk is gemaakt of met de geschonden plicht beoogd is te beschermen tegen de schade zoals geleden, wordt aansprakelijkheid begrensd door de met de normen van ongeschreven recht geboden bescherming (§ 10.1).

Het gegeven dat het ongeschreven recht geen ander gedrag van de laedens verlangde ter voorkoming van de schade zoals geleden, maakt dat bij onduidelijkheid over de met het recht waarop inbreuk is gemaakt of met de geschonden wettelijke plicht beoogde bescherming, kennelijk niet is beoogd om tegen deze schade te beschermen. Noodzakelijk is wel een genuanceerd criterium te hantieren: niet beslissend is of geen norm van ongeschreven recht is geschonden die beschermt tegen de schade zoals geleden, maar of, zelfs indien de laedens schuld aan de onrechtmatige daad heeft of zou hebben, zo'n norm van ongeschreven recht niet door hem is of zou zijn geschonden. Op deze manier wordt voorkomen dat ingeval de rechtsinbreuk of de schending van de wettelijke plicht niet op grond van schuld maar slechts op grond van de wet of de verkeersopvattingen kan worden toegerekend, tot een te scherpe begrenzing van aansprakelijkheid wordt gekomen. Bij de vraag of een norm van ongeschreven recht geldt, is van belang of de laedens schade kon of behoorde te voorzien waarvan de schade zoals geleden een verwezenlijking is. De begrenzing aan de hand van het niet tegelijkertijd door de laedens geschonden hebben van een ongeschreven norm is

52 Aldus ook Bloembergen, zie ook nr. 341.

vooral van belang in het geval van een rechtsinbreuk en bij de schending van wettelijke normen met een algemeen karakter. In deze gevallen geeft de aansprakelijkheidsgrond relatief weinig informatie over de grenzen van aansprakelijkheid en moeten die aan het ongeschreven recht worden ontleend. Niettemin functioneert de grens ook ingeval een norm van ongeschreven recht is geschonden. Verder is de grens vooral van belang bij schade die relatief dicht bij de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis ligt, maar kan zij onder omstandigheden ook worden gebruikt om aansprakelijkheid bij verder weg liggende schade van de gelaedeerde en bij schade van secundair gelaedeerden te begrenzen (§ 10.2).

Ook deze grens diende te worden genuanceerd ingeval de veroorzaakte schadesituatie qua persoon van de gelaedeerde, het soort schade en de wijze van ontstaan, voldoende lijkt op de schadesituaties waartegen met het recht waarop inbreuk is gemaakt of met de geschonden wettelijke plicht beoogd is te beschermen (§ 10.3).

De grens is nauw verwant aan de leer Smits en aan de leer van de schuld aan de schade. In beide leren ligt het inzicht besloten dat ongeschreven gedragsnormen ook in het geval van een rechtsinbreuk of de schending van een wettelijke plicht van belang blijven voor de reikwijdte van aansprakelijkheid; met name waar subjectieve rechten en wettelijke plichten algemeen geformuleerd zijn. In de in dit hoofdstuk beschreven grens is dit inzicht op een gelukkiger manier geïmplementeerd dan genoemde leren (§ 10.4).

De begrenzing van aansprakelijkheid die zich met deze grens liet bereiken, kon in allerlei situaties niet met de in hoofdstuk 8 en 9 behandelde en in hoofdstuk 11 te behandelen grenzen aan de reikwijdte van aansprakelijkheid verkregen worden (§ 10.5).

11.1 Inleiding

494. Soms verwezenlijkt zich ten gevolge van een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis een risico, maar zou de gelaedeerde dat risico ook zonder de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis hebben gelopen en is dat risico door de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis niet vergroot.

Ik geef twee voorbeelden. (1) Een taxichauffeur rijdt gedurende enige tijd harder dan de toegestane maximumsnelheid. Bijna aangekomen op de plaats van bestemming waait, terwijl de taxi voor een stoplicht stilstaat, een boom op de taxi. De passagier die zich in de taxi liet vervoeren raakt hierdoor ernstig gewond. Zou de taxichauffeur zich aan de maximumsnelheid hebben gehouden, dan zou de taxi nog niet in de buurt van de boom zijn geweest toen deze omwaaide en de passagier dus niet gewond zijn geraakt. (2) Nadat de gewond geraakte passagier in het ziekenhuis is hersteld, wordt op de laatste dag van zijn verblijf in het cafetaria van het ziekenhuis zijn portemonnee gestolen. Zou de taxichauffeur niet te hard hebben gereden, dan zou de passagier niet gewond zijn geraakt en zou deze ook niet in het ziekenhuis zijn bestolen.

De aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis vergroot in deze casus in het algemeen het risico dat de gelaedeerde loopt. Met de overtreden verkeersnorm is immers beoogd de risico's van deelname aan het verkeer te beperken. De risico's die zich hebben verwezenlijkt – het worden getroffen door een omwaaierende boom en de diefstal van een portemonnee – liep de gelaedeerde echter ook zonder de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis en zijn door de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis ook niet vergroot. Tussen de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis en de schade is niet meer dan een zuiver toevallig verband aanwezig. Geen sprake is daarom van een toereikend normatief verband. Hier ligt een vierde grens aan de reikwijdte van aansprakelijkheid: tenzij het doel van de geschonden norm of van de kwalitatieve aansprakelijkheid is te beschermen tegen de verwezenlijking van zo'n niet vergroot risico, bestaat voor schade die slechts een zuiver toevallig gevolg van de aansprakelijkheidscheppende gebeur-

tenis is, in beginsel geen aansprakelijkheid.¹ In dit hoofdstuk werk ik nader uit wanneer en waarom dat het geval is.

495. In het navolgende bespreek ik hoe deze grens aan de reikwijdte van aansprakelijkheid zich laat rechtvaardigen en wat het criterium is om aansprakelijkheid te begrenzen (§ 11.2). Vervolgens breng ik een algemene nuancering op deze grens aan (§ 11.3). Daarna behandel ik de verhouding van deze grens tot de oorspronkelijke Duitse leren van adequate veroorzaking (§ 11.4) en bespreek ik de meerwaarde van deze grens ten opzichte van de andere grenzen aan aansprakelijkheid (§ 11.5). Ik sluit af met een samenvatting (§ 11.6).

11.2 Criterium, rechtvaardiging en gevallen

Niet één condicio sine qua non, maar een veelheid aan condiciones sine quibus non

496. Alvorens nader in te gaan op de grens aan aansprakelijkheid in het geval van een verwezenlijking van een niet-vergroot risico, is het zinvol te bespreken op welke wijze schadelijke gevolgen tot stand komen. Gebruikelijk is om een omstandigheid die *condicio sine qua non* was voor een schadelijk gevolg aan te duiden als *de* oorzaak van dat gevolg. In werkelijkheid bestaat echter voor het intreden van elk gevolg steeds een scala aan noodzakelijke voorwaarden.

Te denken valt bijvoorbeeld aan de door een brand verwoeste Frieslandhal en de eigenaar van het in die hal gevestigde café die daardoor schade leed.² Noodzakelijke voorwaarde voor deze schade was het door een paar jongens maken van een vuurtje dat naar de Frieslandhal oversloeg. Men kan zeggen dat het maken van het vuurtje *de* oorzaak is van de schade. Er laten zich echter veel meer noodzakelijke voorwaarden aanwijzen: de Frieslandhal was gebouwd van brandbaar materiaal, in de lucht was zuurstof aanwezig, tussen de plaats van het vuurtje en de Frieslandhal was brandbaar materiaal aanwezig. *Naarmate men verder terugkijkt in de tijd* laten zich meer noodzakelijke voorwaarden noemen: de ouders van de jongens hebben besloten kinderen te nemen, zij zijn gaan wonen in de buurt van de Frieslandhal, men heeft besloten om de Frieslandhal te bouwen, de caféhouder heeft besloten om in de Frieslandhal een bedrijfsruimte te huren.³

1 Vgl. Scholten 1902, p. 299 t/m 303; Bloembergen 1965, nr. 140; Van Schellen 1985a, nr. 196; Sieburgh 2000, p. 15. In Engeland: Weir 2006, p. 84. In Duitsland de in § 2.3.3 besproken adequatieleren. Vgl. ook HR 17 juni 1932, *NJ* 1932/1464 m.nt. E.M. Meijers (*Monte Santo*) en HR 29 januari 1978, *NJ* 1978/285 m.nt. G.J. Scholten (*Abbekerk*). Met name in oudere jurisprudentie uit Engeland en de Verenigde Staten treft men een groot aantal zaken aan waarbij de laedens of de gelaedeerde zich ten gevolge van de fout van de laedens op 'de verkeerde plaats op de verkeerde tijd' bevond en dat *condicio sine qua non* was voor de schade van de gelaedeerde. In deze gevallen wordt aansprakelijkheid voor die schade steeds afgewezen. Zie bijvoorbeeld: *Central of Georgia R. Co. v. Price*, 106 *Ga.* 176, 32 *SE* 77 (1898); *Berry v. Sugar Notch Borough*, 191 *Pa.* 345, 43 *A.* 240 (1899); *Balfé v. Kramer*, 249 *App. Div.* 746, 291 *NYS* 842 (1936); *Draxton v. Katzarek*, 280 *NW* 288 (1938). Zie uitvoerig hierover: Hart & Honoré 1985, p. 103, 121, 122, 170, 281, 253, 427, en tevens Honoré 1983, p. 50; Van 1995, p. 48-49; Van Schellen 1972, p. 79; en Posner 2011, p. 234.

2 Ik ontleen het voorbeeld aan HR 25 april 2008, *NJ* 2008/262 (*Frieslandhal*).

3 Williams 1951, p. 240 heeft beeldend van de "cone of causation" gesproken. Een in dit verband verduidelijkend Engels rijmpje: For want of a nail, the shoe was lost; for want of a shoe, the horse was lost; for want of a horse, the rider was lost; for want of a rider, the battle was lost; for want of a battle, the kingdom was lost, and all for the want of a horse – shoe nail, zie ook Van Quickenborne 1971, p. 48.

*Beschrijven wij de schade preciezer, dan zijn er ook meer noodzakelijke voorwaarden:*⁴ de omstandigheid dat de caféhouder relatief weinig huur betaalde was een noodzakelijke voorwaarde voor zijn relatief grote schade, de omstandigheid dat de caféhouder na de herbouw van de Frieslandhal geen nieuwe huurovereenkomst onder dezelfde voorwaarden aangeboden kreeg, was ook een noodzakelijke voorwaarde voor zijn relatief grote schade. Nemen wij ook *negatieve voorwaarden* in aanmerking, dan laten zich nog meer voorwaarden aanwijzen: de jongens doofden hun vuurtje niet, het ging niet regenen, de brandweer doofde het vuur niet en ook werd het vuur niet door marsmannetjes gedooft.

497. Op grond van het inzicht dat steeds een scala aan noodzakelijke voorwaarden voor het intreden van een bepaald gevolg bestaat, kwam de filosoof Mill tot de notie van de *totaaloorzaak*:

*“the cause then, philosophically speaking, is the sum total of the conditions positive and negative taken together; the whole of the contingencies of every description, which being realized, the consequent invariably follows.”*⁵

Mill realiseerde zich hierbij dat men in het spraakgebruik veelal één voor het intreden van een gevolg noodzakelijke voorwaarde als *de* oorzaak van dat gevolg aanwijst en de andere voor dat gevolg noodzakelijke voorwaarden impliciet veronderstelt.⁶ De filosoof Mackie kwam op grond van dit inzicht tot de notie van het *causale veld*: het geheel aan omstandigheden, de context, die veelal impliciet wordt verondersteld als wij spreken over de oorzaak van een bepaalde gebeurtenis.⁷

Wanneer men inziet dat wanneer gesproken wordt van *de* oorzaak van een bepaald gevolg, dat een in het spraakgebruik gehanteerde vereenvoudiging is van de feitelijke situatie en daarbij impliciet ook andere voor het gevolg noodzakelijke voorwaarden worden verondersteld, valt ook te begrijpen waarom als oorzaak aangewezen kan worden een niet-doen (de planten gingen dood omdat zij geen water kregen) of een bestaande toestand (de aanrijding ontstond omdat de weg glad was): impliciet veronderstelt men de andere omstandigheden die het gevolg fysiek tot stand brengen. Anders dan wel is beweerd,⁸ is om deze reden mijns inziens het als oorzaak bestempelen van een niet-doen, niet een juridische abnormaliteit waar een natuurwetenschapper van zou gruwelen.⁹

498. Wanneer in het normale spraakgebruik een bepaalde noodzakelijke voorwaarde als oorzaak wordt aangewezen, worden impliciet bepaalde regels gevolgd.

4 Zie hierover nader § 6.2.1.

5 Mill 1858, p. 200. Een vergelijkbare opvatting had Von Buri 1873, p. 1.

6 Mill 1858, p. 198 t/m 200.

7 Mackie 1973, p. 34, 35; Hart & Honoré 1985, p. 11 t/m 61.

8 Zie bijvoorbeeld: Wolfsbergen 1946, p. 19; Van Schellen 1972, p. 171 e.v.; en Witjens 2011, p. 98.

9 Naar ik meen duiden bovendien natuurwetenschappers, gebruikmakend van deze uitdrukkingwijze, zelf ook de afwezigheid van bepaalde dingen als de oorzaak van een bepaald gevolg aan: een medicus kan bijvoorbeeld zeggen dat het niet aanmaken door de schildklier van voldoende schildklierhormoon (hypothyreoïdie) allerlei lichamelijke en geestelijke ongemakken van de patiënt tot gevolg heeft, een fysicus kan zeggen dat de kernreactie gestopt is omdat de hoeveelheid splijtstof onvoldoende was om haar in stand te houden.

Men zegt bijvoorbeeld niet dat het door de moeder van Balthasar Gerards krijgen van kinderen de oorzaak was van de dood van Willem van Oranje. Evenmin zegt men dat Willem van Oranje overleed omdat zijn hart stopte met kloppen of omdat zijn lichaamscellen onvoldoende zuurstof kregen.¹⁰

Er bestaat filosofische literatuur over de impliciete regels aan de hand waarvan in het normale spraakgebruik bepaalde noodzakelijke voorwaarden als oorzaak worden aangewezen. Een hier belangrijke en algemeen onderschreven bevinding is dat hetgeen men als *de* oorzaak aanwijst, afhankelijk is van het (communicatieve) doel van degene die de noodzakelijke voorwaarde als oorzaak aanwijst.¹¹

Zo zal degene wiens inboedel is gestolen, zijn inboedelverzekeraar tot uitkeren proberen te bewegen door te zeggen dat de oorzaak van de schade diefstal met braak is; zal degene die in het vervolg deze schade wil voorkomen, zeggen dat de oorzaak gelegen is in ondeugdelijke sloten; de hoofdcommissaris zou kunnen zeggen dat vanwege ondercapaciteit van de politie de inbreker niet eerder gepakt is en dat de oorzaak van de inbraak is; de psycholoog zou kunnen wijzen op verschillende omstandigheden in de sfeer van *nature* en *nurture* die oorzaak ervan zijn dat de inbreker op het verkeerde pad is geraakt en zo uiteindelijk deze inbraak heeft gepleegd.

Naar ik meen, maakt de uit dit voorbeeld blijkende grote vrijheid om een bepaalde noodzakelijke voorwaarde als de oorzaak van een schadelijk gevolg aan te wijzen, dat voor het probleem van de toerekening van schade aan één bepaalde *condicio sine qua non* niet van belang is of in het spraakgebruik die *condicio sine qua non* in het algemeen wel of niet als oorzaak zal worden aangeduid. Deze invalshoek van de materie laat ik hierom rusten.¹²

499. Deze beschouwing over de *condicio sine qua non* en het veroorzaken van schade doet de vraag rijzen waarom schade die het gevolg is van een scala noodzakelijke voorwaarden, geheel door de laedens vergoed zou dienen te worden: de gebeurtenis waarvoor de laedens aansprakelijk is, is immers slechts een van de voor het ontstaan van de schade noodzakelijke voorwaarden.¹³ Deze vraag dringt zich met name dan op, wanneer naast de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis een andere noodzakelijke voorwaarde een prominente rol bij het ontstaan van de schade heeft gehad.

In het in nr. 494 gegeven voorbeeld springen het omwaaien van de boom en de diefstal dadelijk als prominente andere noodzakelijke voorwaarden voor het ontstaan van de schade in het oog. In het normale spraakgebruik zou men goed kunnen zeggen dat de schade van de gelaedeerde niet zozeer is veroorzaakt door het te harde rijden, maar veeleer door het omwaaien van een boom en doordat een ander de portemonnee van de gelaedeerde heeft weggenomen.

10 Hetzelfde geldt voor positieve gevolgen: iemand zegt in het algemeen niet dat hij het tentamen heeft gehaald, omdat hij tijdig op de fiets arriveerde, zie hierover Honoré 1999, p. 10.

11 Malone 1956, p. 63 e.v.; Becht & Miller 1961, p. 5; Mackie 1973, p. 119; Hart & Honoré 1985, p. 11, 12; Wright 1988, p. 1012 e.v.

12 Deze weg is wel ingeslagen door Hart & Honoré 1985. Dat deze opzet niet geslaagd is, wordt mijns inziens aangetoond door Stapleton 2001b, p. 158 t/m 166 en Wright 2008, p. 165 t/m 180.

13 Hier laat zich overigens ook de eigenschuldproblematiek situeren: indien een voor de schade noodzakelijke voorwaarde bestaat uit onredelijk gedrag van de gelaedeerde of zo'n noodzakelijke voorwaarde anderszins aan de gelaedeerde kan worden toegerekend, geeft dat aanleiding om de schadevergoedingsverplichting van de laedens te beperken.

Bij het beantwoorden van deze vraag is zinvol onderscheid te maken tussen drie verschillende casustypen: de situatie waarin met de geschonden norm of met de toepasselijke kwalitatieve aansprakelijkheid beoogd is te beschermen tegen de schade zoals geleden, de situatie waarin de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis het risico op de schade zoals geleden heeft vergroot en de situatie waarin tussen de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis en de schade slechts een zuiver toevallig verband bestaat. In het navolgende werk ik dit uit.

Met de geschonden norm of met de toepasselijke kwalitatieve aansprakelijkheid is beoogd te beschermen tegen de schade zoals geleden

500. Soms is met de geschonden norm juist beoogd te beschermen tegen de schade die mede door andere noodzakelijke voorwaarden teweeg zou kunnen worden gebracht. De vraag waarom in beginsel aansprakelijkheid dient te bestaan voor hetgeen dat mede het gevolg is van andere noodzakelijke voorwaarden, laat zich dan eenvoudig beantwoorden. De aansprakelijkheid voor deze schade laat zich dan immers rechtvaardigen op de grond dat met de norm tegen die schade beoogd is te beschermen.¹⁴ De geschonden norm stelt dan eisen aan gedrag juist met het oog op het mogelijk aanwezig zijn of kunnen intreden van die andere noodzakelijke voorwaarden. In het geval van kwalitatieve aansprakelijkheid geldt hetzelfde.

Ik illustreer dit met twee voorbeelden. (1) Een aannemer krijgt opdracht een bliksemafleider op een gebouw te installeren, maar voert deze opdracht ondeugdelijk uit waardoor de bliksemafleider niet functioneert. Wanneer vervolgens de bliksem in het gebouw inslaat, ontstaat schade. Zowel het niet goed uitvoeren van de opdracht als het inslaan van de bliksem is een noodzakelijke factor voor het ontstaan van de schade. De bliksemafleider dient echter deugdelijk geïnstalleerd te worden juist om te voorkomen dat door blikseminslag schade ontstaat. Voor deze schade dient hierom aansprakelijkheid te bestaan. (2) Een schilder heeft opdracht werkzaamheden in een woning uit te voeren. De schilder verlaat de woning om een boodschap te doen en sluit daarbij de deur van de woning niet af. Tijdens zijn afwezigheid wordt een deel van de inboedel uit de woning gestolen. Zowel het verlaten van de woning en het niet afsluiten van de deur als de diefstal is een noodzakelijke factor voor de schade. De schilder diende de deur af te sluiten juist ter voorkoming van onder meer diefstal. Ook voor deze schade dient hierom aansprakelijkheid te bestaan.¹⁵

De aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis heeft het risico op de schade zoals geleden vergroot

501. Wanneer zich niet laat vaststellen dat met de geschonden norm of met de toepasselijke kwalitatieve aansprakelijkheid beoogd is te beschermen tegen de schade zoals geleden, bestaat een zekere rechtvaardiging voor het aanvaarden van een verplichting tot vergoeding van de schade waarvoor ook een andere gebeurtenis *condicio sine qua non* was, erin dat het risico van deze gebeurtenis door

14 Zoals bedoeld in § 7.2.

15 Vgl. *Stansbie v. Troman* [1948] 2 KB 48.

de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis is vergroot.¹⁶ Wanneer de laedens aansprakelijk is voor de door de gelaedeerde geleden schade, maakt het gegeven dat door het lijden van die schade het risico van de gelaedeerde op verdere schade is toegenomen en dat risico zich ook heeft verwezenlijkt en aldus verdere schade is ontstaan, in het algemeen dat ook voor die verdere schade aansprakelijkheid dient te bestaan.

Vanwege het belang van deze redeneerwijze geef ik diverse voorbeelden.¹⁷ (1) Bij een onrechtmatige inhaalmanoeuvre geraakt een auto op de verkeerde weghelft en komt daarbij in aanrijding met een geldtransportwagen. De geldtransportwagen raakt hierdoor van de weg en slaat over de kop. De geldtransportwagen raakt ernstig beschadigd en de bestuurders gewond. Naderhand blijkt dat een tweetal koffers met DM 260.000,- uit de wagen gestolen is. Ervan uitgaande dat deze koffers dadelijk na het ongeval door derden zijn gestolen, oordeelt het Bundesgerichtshof dat de aansprakelijkheid zich ook tot deze schade uitstrekt, omdat de aanrijding het risico op een dergelijke diefstal heeft vergroot – de geldtransportwagen geraakte immers door de aanrijding beschadigd en de bestuurders geraakten gewond en waren daardoor niet in staat hun beveiligingstaak te vervullen – en dat risico zich heeft verwezenlijkt.¹⁸ (2) Bij een onrechtmatig veroorzaakte aanvaring geraakte het schip Don Benito beschadigd. Geschat werd dat de reparatiewerkzaamheden in een droogdok achttien werkbare werkdagen in beslag zouden nemen. Ten gevolge van een staking werd de reparatie met ongeveer twee maanden vertraagd. De eigenaar van het schip vorderde van de voor de aanvaring aansprakelijke personen onder meer vergoeding van gederfde inkomsten door het niet-buikbaar zijn van het schip gedurende deze gehele periode van reparatie. In appel werd geoordeeld dat ook voor de gederfde inkomsten gedurende de stakingsperiode aansprakelijkheid bestaat. Hiertoe werd redengevend geacht dat na een onrechtmatige aanvaring om allerlei redenen een reparatie langer kan duren dan de minimaal vereiste periode.¹⁹ (3) Indien door een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis letsel wordt toegebracht, kan dat letsel op allerlei manieren tot ander, extra letsel van de gelaedeerde leiden. Bijvoorbeeld kan bij de behandeling van het door de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis veroorzaakte letsel – al dan niet door een medische fout – nieuw letsel worden toegebracht.²⁰ Bij de behandeling in het ziekenhuis kan ook besmetting met een andere ziekte plaatsvinden.²¹ Mogelijk is dat de gelaedeerde zich bij zijn of haar herstel van het letsel enigszins moet behelpen en hierdoor een nieuw ongeval plaatsvindt. Bijvoorbeeld doordat de gelaedeerde door de combinatie van bril met bifocale glazen en de voor het herstel nodige chirurgische kraag minder goed zicht heeft en daardoor op een trap ten val komt,²² of bijvoorbeeld doordat het nog niet herstelde been van de gelaedeerde aan het eind van een werkdag gaat slepen en de gelaedeerde daardoor over zijn eigen

16 Vgl. Stoll 1968, p. 26 “Für diese zusätzlichen Risiken hat der Täter einzustehen, selbst wenn er sie im einzelnen nicht vorauszusehen vermochte.” Uit de andere in dit deel besproken grenzen aan toerekenbaarheid van schade blijkt dat deze opvatting van Stoll te ongenueanceerd is en de laedens niet behoeft in te staan voor *alle* risico's die door de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis en het intreden van de eerste schade zijn vergroot.

17 In deze situaties is het vanzelfsprekend mogelijk om, wat Mackie noemt, het causale veld, nader te analyseren, en bijvoorbeeld onderscheid te maken tussen rechtmatige en onrechtmatige andere noodzakelijke voorwaarden voor de schade (zie bijvoorbeeld Van Quickenborne 1972, p. 386 t/m 535; McGregor/Edelman 2018, nr. 8-37 e.v. en 8-143 e.v.; en Hodgson 2011). Afgezien van de situatie waarin de gelaedeerde verantwoordelijk is voor zo'n bijdragende noodzakelijke voorwaarde (art. 6:101 BW), is mij niet gebleken dat het maken van dergelijke onderscheidingen zinvol is.

18 BGH 10 december 1996, *NJW* 1997, 865.

19 *HMS London* [1914] P. 72.

20 HR 27 januari 1928, *NJ* 1928/417 m.nt. P. Scholten (*Dubbele operatie*); HR 20 juni 1969, 374, *NJ* 1969/374 m.nt. G.J. Scholten (*Zitman*); HR 8 februari 1985, *NJ* 1986/136 m.nt. C.J.H. Brunner (*Joe/Chicago Bridge*).

21 RG 13 oktober 1922, *RGZ* 105, 264.

22 *Wieland v. Cyril Lord Carpets* [1969] 3 *All ER* 1006.

deurmat struikelt.²³ Het toegebrachte eerste letsel heeft hier het risico op ander, extra letsel vergroot. In het algemeen wordt geoordeeld dat de aansprakelijkheid zich ook uitstrekt tot dat verdere letsel.²⁴

Tussen aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis en schade bestaat een zuiver toevallig verband

502. Indien noch met de geschonden norm of met de toepasselijke kwalitatieve aansprakelijkheid beoogd is te beschermen tegen de schade zoals geleden, noch de schade zoals geleden kan gelden als verwezenlijking van een door de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis vergroot risico, bestaat tussen de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis en de schade slechts een zuiver toevallig verband. Dat betekent dat de gelaedeerde in het algemeen de schade evengoed had kunnen lijden zonder de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis als met de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis. Het beschermingsdoel van de geschonden norm of van de kwalitatieve aansprakelijkheid is dan kennelijk niet te beschermen tegen dergelijke schade.²⁵ Waar immers voor het bestaan en de omvang van het risico indifferent is of de norm wordt geschonden of dat zich een gebeurtenis voordoet die kwalitatief aansprakelijk maakt, valt niet in te zien waarom met die norm respectievelijk die kwalitatieve aansprakelijkheid toch beoogd zou zijn te beschermen tegen de verwezenlijking van dat risico. Naar ik meen biedt het gegeven dat de laedens met een bepaalde gedraging een norm heeft geschonden onvoldoende rechtvaardiging om de schade die zonder de normschending evengoed had kunnen ontstaan, voor rekening van de laedens te brengen.²⁶ Voor kwalitatieve aansprakelijkheid geldt mijns inziens hetzelfde.

Nadere uitwerking criterium

503. Deze grens aan aansprakelijkheid voor de door de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis veroorzaakte schade ligt daar waar een risico kan worden genoemd zodanig dat (a) de schade zoals geleden geldt als verwezenlijking van dit risico, (b) de gelaedeerde dat risico ook zonder de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis zou lopen en (c) dat risico niet door de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis is vergroot en dus sprake is van een zuiver toevallig verband tussen de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis en de schade zoals geleden.

Voor de in nr. 494 genoemde gevallen gaat het om het risico getroffen te worden door een boom die plotseling omwaait in het eerste voorbeeld en het risico op diefstal van een portemonnee in een publieke gelegenheid in het tweede voorbeeld.

Risico's laten zich steeds op verschillende manieren beschrijven. Hetzelfde risico kan men op een continuüm van heel algemeen (het risico dat iemand schade lijdt) tot heel specifiek (het risico dat juist deze persoon, op precies dat moment,

23 HR 3 oktober 2014, NJ 2014/429 (*Swinkels/Saint-Gobain*).

24 Onder zeer uitzonderlijke omstandigheden kan dat anders zijn, zie nr. 514.

25 Vgl. Lange 1960, p. 52; Wolf 1962, p. 50; en Looschelders 2013, p. 325.

26 Vgl. Fuchs & Pauker 2012, p. 359 "Es gibt (...) keinen rechtfertigende Grund, dem Geschädigten aus Anlass des Schadensfalles sein allgemeines Lebensrisiko abzunehmen."

precies op die plaats, precies op deze wijze en van precies die omvang schade lijdt) beschrijven.²⁷ Steeds kunnen hierom beschrijvingen van een risico worden gevonden die wel aan één of twee van de voorwaarden (a) t/m (c) voldoen. Beslissend voor de begrenzing van aansprakelijkheid is of onder de mogelijke beschrijvingen van het risico een beschrijving gevonden kan worden die voldoet aan alle drie de voorwaarden (a) t/m (c).

504. In het kader van voorwaarden (b) en (c) dient te worden vastgesteld welk risico de gelaedeerde zonder de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis zou lopen. Mijns inziens dient ter zake van deze voorwaarden niet het risico dat de gelaedeerde zonder aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis zou hebben gelopen op het moment waarop de schade is ingetreden te worden gehanteerd. Het criterium geeft dan een onvoldoende begrenzing van aansprakelijkheid en wordt ook moeilijk hanteerbaar.

In het taxivoorbeeld uit nr. 494 zou dan de vraag worden wat de passagier, indien de taxichauffeur niet te hard zou hebben gereden en de passagier niet gewond zou zijn geraakt door de omwaaiende boom, zou hebben gedaan op het moment dat hij in de feitelijke situatie in het cafetaria werd bestolen. Niet alleen laat zich dat moeilijk vaststellen, het is ook de vraag wat de betekenis ervan is als duidelijk is dat de passagier dan thuis zou zijn geweest en dus minder risico op diefstal zou lopen dan in een ziekenhuiscafetaria.

Ter zake van de voorwaarden (b) en (c) dient mijns inziens uitgegaan te worden van de risico's die de gelaedeerde in het algemeen, normaliter loopt. Op deze manier wordt het criterium enigszins minder nauwkeurig. Wel wordt zo een grens aan aansprakelijkheid verkregen die aansluit bij de hiervoor gegeven rechtvaardiging van de begrenzing van aansprakelijkheid.

11.3 Nuancering

505. Mogelijk is dat de schade zoals geleden weliswaar een zuiver toevallig gevolg is van de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis, maar de schadesituatie tevens – qua persoon van gelaedeerde, het soort schade en de wijze van ontstaan van de schade – in hoge mate overeenkomt met schadesituaties waartegen met de geschonden norm of met de toepasselijke kwalitatieve aansprakelijkheid wel beoogd is te beschermen.

Een slachtoffer van een verkeersongeval wordt per ambulance naar het ziekenhuis vervoerd. De ambulance geraakt hierbij betrokken in een ander verkeersongeval ten gevolge waarvan de gelaedeerde verder letsel oploopt. Mogelijk is dat de kans op zo'n ander verkeersongeval is vergroot: bijvoorbeeld omdat vanwege de ernst van het aanvankelijke letsel van de gelaedeerde noodzakelijk was dat de ambulance met hoge snelheid een ziekenhuis probeerde te bereiken.²⁸ De eerste aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis maakt dan in beginsel aansprakelijk voor het

²⁷ Zie ook § 4.3.2.

²⁸ Zie ook commentaar bij art. 3:201 onder d PETL genoemde factor (“the extent of the ordinary risks of life”); zie ook BGH 15 december 1970, BGHZ 55, 86, NJW 1971, 506.

aanvullende letsel.²⁹ Mogelijk is ook dat de ambulance wordt aangereden terwijl deze bijvoorbeeld in de file belandt en deze file door de politie is gecreëerd om een voortvluchtige verdachte te blokkeren. In zo'n geval is goed denkbaar om tot het oordeel te komen dat zich een risico heeft verwezenlijkt dat de gelaedeerde in het algemeen ook liep en dat niet door de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis is vergroot. De schade lijkt echter wel sterk op schade waarvoor in beginsel wel aansprakelijkheid zou bestaan.

Indien de veroorzaakte schadesituatie in hoge mate overeenkomt met schadesituaties waartegen met de geschonden norm beoogd is te beschermen, doet het normatieve gewicht van de harde kern van het beschermingsbereik van de geschonden norm zich gevoelen.³⁰ Ingeval de schadesituatie zoals geleden een voldoende mate van gelijkenis vertoont met schade die wel toerekenbaar zou zijn, dient mijns inziens in beginsel voor de schade zoals geleden toch aansprakelijkheid te bestaan, ook al is zij een zuiver toevallig gevolg van de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis. De reden om voor de geleden schade wel aansprakelijkheid te laten bestaan – de schade lijkt sterk op schade die de norm juist beoogde te voorkomen – weegt hier ongeveer even zwaar als de reden om voor deze schade geen aansprakelijkheid te laten bestaan – de schade is de verwezenlijking van een risico dat de gelaedeerde steeds liep en dat niet is vergroot. Onder omstandigheden acht ik denkbaar om op die grond de schade over laedens en gelaedeerde te verdelen.³¹

11.4 Verhouding tot de oorspronkelijke Duitse leren van adequate veroorzaking

506. De grens van de verwezenlijking van een niet-vergroot risico is een interpretatie van de leren van adequate veroorzaking. De ontwikkeling van deze leren in Duitsland heb ik in § 2.3.3 beschreven. Met deze leren bleek te zijn beoogd om aansprakelijkheid uit te sluiten voor de door een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis zuiver toevallig veroorzaakte gevolgen. In Nederland heeft men deze leer vervolgens vervormd tot een voorzienbaarheidsleer.

507. In de oorspronkelijke bedoeling van de leren van adequate veroorzaking ligt – anders dan in de uitwerking die daaraan in onze jurisprudentie en doctrine is gegeven – het belangrijke inzicht besloten dat personen steeds aan allerlei risico's zijn blootgesteld, zo'n risico zich als zuiver toevallig gevolg van een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis kan verwezenlijken en het dan in beginsel niet redelijk zou zijn om de laedens ook voor die schade aansprakelijk te maken.

508. De toepassing van deze Duitse leren van adequate veroorzaking leidde in Duitsland tot diverse problemen. Enerzijds leidden zij tot een te geringe beper-

29 Zie nr. 501.

30 Zie § 7.2.3.

31 Dogmatisch kan dat bijvoorbeeld door de schade geheel toe te rekenen, maar vervolgens op grond van art. 6:101 BW een afslag op de schadevergoedingsplicht aan te nemen omdat de schade is veroorzaakt door omstandigheden die maakten dat de gelaedeerde steeds een bepaald risico liep dat zich heeft verwezenlijkt, en die omstandigheden aan de gelaedeerde kunnen worden toegerekend.

king van aansprakelijkheid: ook in allerlei gevallen waarin de schade niet als een zuiver toevallig gevolg van de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis kon worden aangemerkt, is het wenselijk om de schadevergoedingsverplichting te begrenzen.³² Wanneer men het inzicht dat aansprakelijkheid zich niet dient uit te strekken tot zuiver toevallige gevolgen niet gebruikt om de grens aan de reikwijdte van aansprakelijkheid vorm te geven, maar slechts een van de grenzen, is het vanzelfsprekend geen bezwaar dat met dit criterium in slechts betrekkelijk weinig gevallen tot een beperking van aansprakelijkheid wordt gekomen.

Anderzijds kon de toepassing van deze leren tot een onredelijke beperking van aansprakelijkheid leiden in die gevallen waarin met de geschonden norm juist beoogd was te beschermen tegen de schade zoals geleden, en het er daarom niet toe deed dat door de schending van de norm de kans op de schade zoals geleden maar heel gering was toegenomen.³³ Dit probleem kan worden opgelost door in de gevallen waarin duidelijk is dat met de geschonden norm beoogd is te beschermen tegen de schade zoals geleden, de toerekening van deze schade niet uit te sluiten op de grond dat zij een zuiver toevallig gevolg is van de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis.

Tot slot deed zich het probleem voor dat oordelen over de kansvergroting naar hun aard steeds betrekking hebben op een generalisatie van de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis en een generalisatie van de schade zoals geleden. Men kan uit de aard der zaak niet beoordelen of de *concrete* aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis de kans op de *concreet* geleden schade heeft vergroot: men kan immers slechts beoordelen of een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis met bepaalde eigenschappen de kans op schade met bepaalde eigenschappen heeft vergroot.³⁴ Noodzakelijk is dus om te kiezen voor een bepaalde generalisatie van de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis en van de schade zoals geleden, maar die keuze is van niet onbelangrijke invloed op het antwoord op de vraag of de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis de kans op de schade zoals geleden heeft vergroot.³⁵ Naar ik meen, laat dit probleem zich grotendeels onder controle brengen door niet de vraag te stellen of de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis de kans op de geleden schade heeft verhoogd, maar door te beoordelen of een risico kan worden genoemd zodanig dat (a) de schade zoals geleden geldt als verwezenlijking van dit risico, (b) de gelaedeerde dat risico ook zonder de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis zou lopen en (c) dat risico niet door de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis is vergroot. Door te verlangen dat het risico niet is vergroot, wordt een interpretatie aan de leer van de

32 In Duitsland is, anders dan in Nederland, juist die kritiek ook op de leer van de adequate veroorzaking geuit; zie bijvoorbeeld: Lange 1957, p. 114 t/m 136 en Lange & Schiemann 2003, p. 84, 91.

33 Lange & Schiemann 2003, p. 96 e.v. Te denken valt aan het in § 4.2.3 gegeven voorbeeld waarin een verzekeringsmakelaar tekortschiet in de nakoming van zijn verplichting om een verzekering tegen brand voor een kantoorgebouw af te sluiten. De kans dat dit tekortschieten tot schade leidt, is zeer gering omdat de kans dat het gebouw afbrandt zeer gering is. Niettemin is duidelijk dat schade die bestaat uit het niet verkrijgen van een verzekeringsuitkering aan het tekortschieten dient te worden toegerekend, omdat met de geschonden norm juist beoogd is dergelijke schade te voorkomen.

34 Honoré 1983, p. 53; Lange & Schiemann 2003, p. 84. Zie nader § 4.3.2.

35 Von Kries 1888 p. 202, 203, 216, 217. Von Kries 1888, p. 203 schreef: "Es betruget daher, wie man kurz sagen kann, die Unterscheidung der adäquaten und zufälligen Verursachung stets auf einer generalisierenden Betrachtung des Einzelfalles. Das hieraus häufig eine gewisse Unsicherheit und Willkürlichkeit derselben sich ergibt, wird alsbald genauer zu erörtern sein." Zie ook: Traeger 1904, p. 124 t/m 129 en 159; en Lange & Schiemann 2003, p. 84. Zie verder § 4.3.2.

adequate veroorzaking gegeven die haar tot de essentie terugbrengt: zuiver toevallig veroorzaakte gevolgen van toerekening uitsluiten.

11.5 Meerwaarde ten opzichte van de andere grenzen

509. De verwezenlijking van een niet-vergroot risico geeft een specifieke grens aan de reikwijdte van aansprakelijkheid die niet goed verkregen kan worden met de andere in dit deel besproken grenzen. Indien men met de in hoofdstuk 8, 9 en 10 behandelde grenzen aan de reikwijdte van aansprakelijkheid in de in dit hoofdstuk besproken casus tot een redelijke begrenzing van aansprakelijkheid probeert te komen, komt men in het kader van elk van die andere grenzen steeds weer uit op het criterium of sprake is van een niet-vergroot risico.

Dit laat zich illustreren aan de hand van de in nr. 494 besproken casus waarin een passagier in een te hard rijdende taxi wordt getroffen door een omwaaiende boom. Men kan zeggen dat met de geschonden norm niet beoogd is tegen deze schade te beschermen – de in hoofdstuk 8 behandelde grens. Tot die conclusie komt men mijns inziens dan, ervan uitgaande dat normen niet beogen te beschermen tegen risico's waarvan de omvang niet anders wordt door de schending van de norm. Op deze wijze hanteert men alsnog het criterium van kansvergroting.

Wat betreft de grens van het rechtmatig alternatief – de in hoofdstuk 9 behandelde grens – geldt dat als de taxi slechts korte tijd eerder zou zijn vertrokken en niet met te hoge snelheid zou hebben gereden, dezelfde schade rechtmatig zou zijn ontstaan.³⁶ Beslissend bij deze grens is echter of de schade op *niet-relevant andere* wijze rechtmatig kon worden toegebracht. Voor de hand ligt om te zeggen dat de schade inderdaad op niet-relevant andere wijze is toegebracht, omdat de normschending de kans op het risico dat zich heeft verwezenlijkt, niet heeft vergroot.

De conclusie dat deze schade niet toerekenbaar is, laat zich niet goed bereiken door te zeggen dat geen zorgvuldigheidsnorm is geschonden die beoogt te beschermen tegen deze schade – de in hoofdstuk 10 behandelde grens. Het te hard rijden is immers (ook) onzorgvuldig, juist met het oog op de veiligheid van de passagier. Niet vereist is dat de precieze wijze waarop het letsel van de passagier is ontstaan, voorzienbaar was. Om deze reden laat zich niet goed vaststellen dat de tevens geschonden zorgvuldigheidsnorm niet beoogt te beschermen tegen de schade zoals geleden. Wel is denkbaar te zeggen dat zorgvuldigheidsnormen niet beogen te beschermen tegen risico's die ook zonder schending van de norm aanwezig zijn en door de schending van de norm niet worden vergroot. Op deze manier wordt alsnog het criterium van de kansvergroting gehanteerd.

11.6 Samenvatting

510. Indien zich niet laat vaststellen dat met de geschonden norm of met de toepasselijke kwalitatieve aansprakelijkheid beoogd is te beschermen tegen de schade zoals geleden, ligt een grens aan de reikwijdte van aansprakelijkheid daar waar de veroorzaakte schade geldt als de verwezenlijking van een risico dat door de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis niet is vergroot (§ 11.1).

36 De Hoge Raad sanctioneerde in HR 17 juni 1932, NJ 1932/1464 m.nt. E.M. Meijers (*Monte Santo*) een dergelijke redenering van het hof.

Voor elke schade laten zich, naast de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis, diverse *condiciones sine quibus non* aanwijzen. De vraag rijst hierdoor waarom die ene noodzakelijke voorwaarde die geldt als aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis, aansprakelijkheid voor de gehele schade rechtvaardigt. In het algemeen laat deze aansprakelijkheid zich rechtvaardigen waar met de geschonden norm of met de toepasselijke kwalitatieve aansprakelijkheid juist beoogd is te beschermen tegen schade voor het ontstaan waarvan mede de aanwezigheid van bepaalde andere noodzakelijke voorwaarden noodzakelijk was. Ook laat de aansprakelijkheid voor veroorzaakte schade zich in het algemeen rechtvaardigen indien schade is veroorzaakt waartegen met de geschonden norm of met de kwalitatieve aansprakelijkheid juist beoogd is te beschermen, en daardoor een ander risico is ontstaan dat zich vervolgens ook heeft verwezenlijkt met schade als gevolg. Indien echter de schade zoals geleden geldt als de verwezenlijking van een risico dat de gelaedeerde steeds liep en dat door de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis niet is vergroot, laat zich aansprakelijkheid voor die schade mijns inziens niet rechtvaardigen. Men kan ook zeggen dat in het algemeen met normen en kwalitatieve aansprakelijkheden niet beoogd is te beschermen tegen dit soort zuiver toevallig veroorzaakte schade. Deze grens aan aansprakelijkheid voor de door de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis veroorzaakte schade ligt daar waar een risico kan worden genoemd zodanig dat (a) de schade zoals geleden geldt als verwezenlijking van dit risico, (b) de gelaedeerde dat risico ook zonder de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis zou lopen en (c) dat risico niet door de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis is vergroot en dus sprake is van een zuiver toevallig verband tussen de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis en de schade zoals geleden (§ 11.2).

Onder omstandigheden kan de zuiver toevallig veroorzaakte schade zodanig overeenkomen met schade waartegen met de geschonden norm of met de kwalitatieve aansprakelijkheid wel beoogd is te beschermen, dat het onredelijk zou zijn om voor deze schade geen aansprakelijkheid te laten bestaan (§ 11.3).

Deze vierde grens aan aansprakelijkheid is een interpretatie van de Duitse leer van de adequate veroorzaking. In die leer lag het waardevolle inzicht besloten dat als de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis de kans op de veroorzaakte schade niet heeft vergroot, het onredelijk zou zijn om aansprakelijkheid voor die schade te laten bestaan (§ 11.4).

Deze begrenzing van aansprakelijkheid laat zich niet goed bereiken met de andere in hoofdstuk 8, 9 en 10 besproken grenzen; probeert men dat toch, dan komt men steeds weer uit op het criterium van kansvergroting (§ 11.5).

12.1 Inleiding

511. Niet in alle gevallen laat zich aan de hand van het voorgaande vaststellen of tussen de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis en de daardoor veroorzaakte schade een toereikend normatief verband bestaat. Soms laat zich niet vaststellen dat met de geschonden norm of met de toepasselijke kwalitatieve aansprakelijkheid beoogd is te beschermen tegen de veroorzaakte schadesituatie, en laat zich evenmin vaststellen dat de schadesituatie buiten een van de hiervoor behandelde vier grenzen aan aansprakelijkheid ligt. In dit hoofdstuk behandel ik hoe in deze situaties met behulp van de methode van Wiarda kan worden vastgesteld of een toereikend normatief verband tussen de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis en de schade aanwezig is om een verplichting tot vergoeding van die schade aan te nemen (§ 12.2). Vervolgens bespreek ik enkele bijzondere in het kader van de schadetoerekening relevant geachte omstandigheden (§ 12.3). Ik sluit af met een samenvatting (§ 12.4).

12.2 Wiarda's methode voor lastig liggende gevallen

512. Wiarda heeft, in de context van de beoordeling of in een concrete situatie een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm kan worden aangenomen, geschreven:

“Er is een ondoorzichtig gebied, waarin een evident juiste oplossing zich slechts zelden aandient en een algemene rechtsovertuiging veelal ontbreekt. De rechter zal daar zijn weg moeten vinden. Er bestaat geen mogelijkheid om hetgeen uit de aard der zaak onzeker is, in zekerheid te doen verkeren. Er is echter wèl een methode te ontwikkelen die de onzekerheid vermindert en die kan leiden tot een wijze van beoordeling die meer is dan een intuïtieve greep en die de objectieve, zo men wil ‘transsubjectieve’ inslag¹ van de rechtsvinding op dit gebied versterkt.”²

1 Met ‘transsubjectieve inslag’ bedoelde Wiarda, uitgedrukt met een treffend citaat van P. Scholten, dat de uitspraak van de rechter niet slechts “zijn eigen rechtsgevoel bevredigt, maar tegelijk tegenover het rechtsbewustzijn van de kring waarvoor zij bestemd is, verantwoord is.” Zie: Wiarda/Koopmans 1999 p. 83, 84.

2 Wiarda/Koopmans 1999, p. 107.

Die methode waarover Wiarda schrijft, is ook hier van belang. Deze methode komt erop neer dat men het geval waarin beoordeeld dient te worden of een bepaald rechtsgevolg intreedt, vergelijkt met twee andere, opportuun gekozen, vergelijkbare gevallen. In het ene gekozen geval dient duidelijk te zijn dat het rechtsgevolg wel intreedt. In het andere gekozen geval dient duidelijk te zijn dat dit rechtsgevolg niet intreedt. Door het te berechten geval te vergelijken met deze beide gekozen gevallen, kan tot een beredeneerd oordeel gekomen worden over de vraag of het rechtsgevolg in de te beoordelen situatie wel of niet behoort in te treden.

513. In dit boek heb ik deze methode gebruikt om een dogmatiek te ontwikkelen en om rechtspraak te interpreteren. De te beoordelen schadesituatie vergeleek ik, enerzijds, met schadesituaties waarvan duidelijk was dat met de geschonden norm of met de toepasselijke kwalitatieve aansprakelijkheid daartegen beoogd was te beschermen en, anderzijds, met schadesituaties die rechtmatig veroorzaakt konden worden of waarvoor om andere reden een schadevergoedingsverplichting ontbrak.³ Dat bij de beoordeling of een toereikend normatief verband tussen de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis en de daardoor veroorzaakte schade aanwezig is, van beide kanten steeds normatieve aantrekkingskracht wordt uitgeoefend, bleek in het bijzonder doordat elk van de vier in hoofdstuk 8 t/m 11 behandelde grenzen aan aansprakelijkheid genuanceerd diende te worden indien de schadesituatie in sterke mate gelijkenis vertoonde met de schadesituaties waartegen met de geschonden norm of met de toepasselijke kwalitatieve aansprakelijkheid beoogd was te beschermen.⁴

514. Het ondoorzichtige gebied dat niet wordt bestreken door hetgeen ik in hoofdstuk 7 t/m 11 besprak, is mijns inziens niet groot. Ik heb nauwelijks casus kunnen vinden die zich niet aan de hand van de in deze hoofdstukken besproken benadering laten oplossen.

Voor de in dit gebied achtergebleven, resterende gevallen, kan mijns inziens een als het ware voortgezette toepassing van Wiarda's methode goede diensten bewijzen. Bij de toepassing van deze methode kunnen dan de in dit boek gevonden resultaten over het al dan niet aanwezig zijn van een toereikend normatief verband tussen de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis en de daardoor veroorzaakte schade, worden gebruikt. Enerzijds kan de te beoordelen schadesituatie vergeleken worden met schadesituaties waarin wel een toereikend normatief verband aanwezig is. Anderzijds kan vergeleken worden met schadesituaties waarin dat verband niet aanwezig is.

Een en ander laat zich illustreren aan de hand van de volgende moeilijk liggende casus. Ten gevolge van een verkeersongeval in Duitsland in 1937 moet het been van het slachtoffer worden geamputeerd. Het slachtoffer kan vervolgens nog wel lopen, maar uitsluitend met een kunstbeen en twee krukken. In 1945, aan het eind van de Tweede Wereldoorlog, moet het Duitse slachtoffer met zijn gezin vanuit zijn huis naar een bunker vluchten, tijdens door geallieerden in Duitsland uitgevoerde artillerieaanvallen. Wanneer de artillerieaanvallen aanvangen bevinden zij zich in

3 Zie hierover § 1.3.

4 Zie § 8.3, 9.3.4, 10.3 en 11.3.

huis. Wanneer het vuur even staakt, besluiten zij naar de bunker te vluchten. De gezinsleden van de man rennen naar de bunker en zijn in staat deze tijdig te bereiken. De man loopt ten gevolge van zijn beperkingen langzamer en wordt daardoor geraakt door een granaatscherf ten gevolge waarvan hij overlijdt. Zou het verkeersongeval in 1937 niet hebben plaatsgevonden, dan zou hij de bunker, zo nam het Bundesgerichtshof aan, veilig hebben bereikt.⁵ Kan deze schade worden toegerekend aan het verkeersongeval? Het Bundesgerichtshof oordeelde van niet en wees aansprakelijkheid af omdat de kans op zo'n ongeval naar zijn oordeel onvoldoende is vergroot door het verkeersongeval.⁶

Naast de te beoordelen situatie kunnen aan de ene kant worden gelegd de schadesituaties in de harde kern van het beschermingsbereik van de geschonden norm en bovendien schadesituaties waarin vervolgschade is geleden waarop de kans door de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis is vergroot: bijvoorbeeld schade ontstaan bij fouten in de behandeling van letsel en schade ontstaan als verwezenlijking van verhoogd gevaar op ander letsel tijdens het herstel van het eerst toegebrachte letsel.⁷ Aan de andere kant kunnen naast deze schadesituatie die situaties worden gelegd waarbij, zonder dat daarvoor een ander aansprakelijk is, door het oorlogsgeweld letsel wordt toegebracht. Op deze manier kan gekomen worden tot eenzelfde oordeel als waartoe het Bundesgerichtshof kwam.

515. Deze methode wijst niet, zoals een kompasnaald, op eenduidige wijze de juiste richting aan; steeds dient alsnog een keuze gemaakt te worden. Het anders dan gebruikelijk is uitdrukkelijk betrekken van aanpalende schadesituaties in de beoordeling of een toereikend normatief verband tussen de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis en de schade aanwezig is, en dus of de schade kan worden toegerekend, en het niet geïsoleerd beschouwen van de voorliggende situatie, heeft als voordeel dat de rechtsintuïtie van de beoordelaar als het ware wordt geijkt en een oordeel wordt verkregen dat past in het recht. Bovendien ontstaat dan bij het geven van een motivering de noodzaak om op concreet niveau te verklaren welk verschil met aanpalende situaties een andere uitkomst rechtvaardigt. In deze motiveringseis ligt naar mijn mening de crux tot een rationele benadering van het vereiste normatieve verband tussen de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis en de daardoor veroorzaakte schade.

12.3 Restcategorie met ongebruikelijke argumenten

516. Tot slot kan in uitzonderlijke gevallen een heel specifiek argument van belang zijn bij de beantwoording van de vraag of tussen de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis en de daardoor veroorzaakte schade een toereikend normatief verband aanwezig is. Ik bespreek een tweetal zaken waarin een ongebruikelijk en specifiek voor een bepaalde casus geldend argument relevant werd geoordeeld

5 Situaties waarin tussen de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis en daardoor veroorzaakt letsel en jaren later veroorzaakt vervolgletsel zullen zich, naar mij voorkomt, tegenwoordig nauwelijks tot toerekeningsproblemen leiden omdat de verzekeraar van de laedens veelal de schade zal willen afwickelen en daarbij finale kwijting zal bedingen.

6 BGH 24 april 1952, *NJW* 1952, 1010.

7 Zie nr. 501.

voor de toerekenbaarheid van schade. In de eerste plaats verdient enige aandacht *Avi/Van Adrighem*⁸ waarin de Hoge Raad oordeelde dat

“de omstandigheid dat de contractspartij bij de tekortkoming waarvoor aansprakelijkheid bestaat, niet uit eigen belang heeft gehandeld van belang kan zijn bij de beantwoording van de vraag welk verband in de omstandigheden van het geval is te eisen; op zichzelf kan deze omstandigheid er echter niet toe leiden dat slechts een deel van de veroorzaakte schade is aan te merken als een toerekenbaar gevolg van de gebeurtenis waarvoor aansprakelijkheid bestaat” (rov. 4.2.2).

Ondanks de daarop gerichte klachten in cassatie, acht de Hoge Raad de matigingsbevoegdheid van art. 6:109 BW niet het exclusieve beoordelingskader voor het verweer van de tekortschietende schuldenaar dat hij niet uit eigen belang heeft gehandeld en daarom in mindere mate aansprakelijk dient te zijn, en kan een dergelijke omstandigheid ook in het kader van de schadetoerekening relevant zijn, zij het niet op zichzelf. Naar mijn mening is weinig helder op welke wijze de omstandigheid dat de tekortschietende schuldenaar niet uit eigen belang heeft gehandeld, kan leiden tot een beperktere toerekening van schade, terwijl bovendien een dergelijke omstandigheid naar mijn mening ook niet afdoet aan het bestaan van een toereikend normatief verband tussen de aansprakelijkheidschepende gebeurtenis en de schade. Gelukkiger zou mijns inziens zijn om een dergelijk verweer te plaatsen in het kader van de matiging van de schadevergoeding. Beoordeeld dient dan te worden of, zoals art. 6:109 BW bepaalt, in de gegeven omstandigheden waaronder de aard van de aansprakelijkheid, de tussen partijen bestaande rechtsverhouding en hun beider draagkracht, tot kennelijk onaanvaardbare gevolgen zou leiden.

517. In de tweede plaats verdient aandacht *Beliën/Noord-Brabant*.⁹ In deze zaak lijkt de Hoge Raad de processuele houding van de laedens relevant te achten voor de toerekenbaarheid van de schade. Hij oordeelde:

“de Hoge Raad [ziet] aanleiding erop te wijzen dat de hiervóór (...) weergegeven processuele houding van de Provincie voor de rechter die over deze vordering nog moet oordelen, reden zou kunnen zijn voor een ruime toerekening van de schade(posten) als bedoeld in art. 6:98 BW.” (rov. 4.3.3)

In de literatuur wordt sindsdien de processuele houding van de laedens wel als relevante toerekeningsfactor genoemd.¹⁰ Naar ik meen, maken de bijzonderheden van deze zaak de processuele houding van de laedens (mogelijk) relevant; in het algemeen zie ik geen reden waarom deze processuele houding relevant zou zijn – net zomin als de houding van een procespartij in het algemeen relevant is voor de vaststelling van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen.

8 HR 10 februari 2017, NJ 2018/115 (*Avi/Van Adrighem*).

9 HR 9 mei 2003, NJ 2005/168 m.nt. W.D.H. Asser (*Beliën/Noord-Brabant*).

10 Zie Klaassen 2017, nr. 42 en Dijkshoorn 2011b, p. 260, 261. Laatstgenoemde auteur meent dat veel valt te zeggen voor de introductie van deze factor en het vaker toepassen ervan.

De processuele houding waar het in deze zaak om ging, was het bewust door de provincie Noord-Brabant, in een procedure tegen een particulier (Beliën), geven van een verkeerde voorstelling van zaken. In deze procedure over een tweetal ruilovereenkomsten met betrekking tot percelen grond waren diverse hoger beroepen en cassatieberoepen van verschillende (tussen) beslissingen ingesteld. Het duurde aldus ruim 20 jaar om tot een definitieve vaststelling van aansprakelijkheid van de provincie, maar nog niet van de schadeomvang, te komen. Toen kwam uit dat de provincie van meet af aan welbewust een verkeerde voorstelling van zaken had gegeven, die door de verschillende rechterlijke instanties steeds was geloofd. Bij een juiste voorstelling van zaken zou er een aanzienlijke kans zijn geweest dat de primaire vordering van Beliën (tot nakoming door de provincie van de tweede ruilovereenkomst) dadelijk zou zijn toegewezen. De afwijzing kon echter niet meer met een gewoon rechtsmiddel worden aangetast. Het buitengewone rechtsmiddel van rekest civiel was, nadat het bedrog van de provincie was gebleken, door de advocaat van Beliën op ongelukkige wijze ingezet waardoor de definitieve afwijzing niet meer ongedaan kon worden gemaakt. De toegewezen subsidiaire vordering tot schadevergoeding was gebaseerd op de, aanvankelijk nog afgezien van de misleiding, volgens Beliën laakbare houding van de provincie en het afbreken van onderhandelingen door de provincie. Beliën vorderde vergoeding van schade die hij had geleden doordat hij de geplande woning met bedrijfsruimte niet in de loop van 1979 had kunnen realiseren op het in de tweede overeenkomst bedoelde perceel. De aanspraak op vergoeding van immateriële schade was afgewezen omdat zij niet paste binnen het beperkte wettelijke kader van art. 6:106 BW.

Niet geheel duidelijk is wat de Hoge Raad op het oog heeft gehad met zijn oordeel dat de processuele houding van de provincie reden zou kunnen zijn voor ruimere toerekening. Meerder mogelijkheden lijken mij te bestaan. Ten eerste zou het voor Beliën vermoedelijk niet eenvoudig zijn geweest om over zo'n lange periode overtuigend te kunnen onderbouwen welke schade hij door het onrechtmatig handelen van de provincie heeft geleden. Denkbaar lijkt mij dat de Hoge Raad bedoelde dat niet al te hoge eisen aan het bewijs van het causale verband en schade gesteld dienden te worden.¹¹ Ten tweede kwalificeert de processuele houding van de provincie, die bestaat uit het bewust in een procedure geven van een verkeerde voorstelling van zaken op een wezenlijk punt, naar ik meen, op zichzelf als onrechtmatige daad.¹² Naar voor de hand ligt, heeft Beliën ten gevolge hiervan ook schade geleden, onder meer doordat de procedure hierdoor waarschijnlijk aanzienlijk langer heeft gelopen en Beliën daarin aanzienlijke kosten zal hebben gemaakt. Ook is ten gevolge van deze onrechtmatige daad waarschijnlijk Beliëns primaire vordering ten onrechte afgewezen. Mogelijk bedoelde de Hoge Raad dat ook deze schade kon worden toegerekend. Ten derde heeft de Hoge Raad de afwijzing van Beliëns vordering tot vergoeding van immateriële schade in stand gelaten. Mogelijk achtte hij deze uitkomst weinig bevredigend en wilde hij de mogelijkheid bieden voor compensatie van deze schade op andere wijze. In ieder geval is de processuele houding van de laedens in deze zaak dermate bijzonder dat uit de overweging van de Hoge Raad niet de conclusie kan worden getrokken dat deze houding meer in het algemeen relevant kan zijn.¹³

11 In HR 8 juli 2011, *NJ* 2011/477 m.nt. J.W. Zwemmer (*Intertrust/Ontvanger*) begrijpt de Hoge Raad onder de term toerekening ook de vaststelling van het *condicio-sine-qua-non*-verband.

12 Vgl. in het algemeen Van der Wiel 2004, p. 29 en 33.

13 Vgl. J.C.M. Leijten in *JBPr* 2003/56 over dit arrest: "wegens deze desastreuze afloop [is] vastgelegd dat bij de vaststelling van de materiële schade van [Beliën] ruimhartig te werk moest worden gegaan. Dat wijst op een gekweld geweten."

12.4 Samenvatting

518. In uitzonderlijke gevallen laat zich niet vaststellen dat de schadesituatie in de harde kern van het beschermingsbereik van de geschonden norm of kwalitatieve aansprakelijkheid ligt, terwijl zich evenmin laat vaststellen dat zich een schadesituatie voordoet zoals beschreven in een van de voorgaande vier hoofdstukken (§ 12.1). In een dergelijke situatie kan de methode van Wiarda worden gebruikt om te beoordelen of een toereikend normatief verband bestaat tussen de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis en de daardoor veroorzaakte schade. Men vergelijk dan de voorliggende situatie met, enerzijds, schadesituaties die in de harde kern van het beschermingsbereik van de geschonden norm liggen en, anderzijds, met schadesituaties die rechtmatig veroorzaakt konden worden of waarin om andere reden een schadevergoedingsverplichting ontbreekt (§ 12.2). In de rechtspraak van de Hoge Raad is verder een enkele keer een uitzonderlijke omstandigheid (mogelijk) van belang geoordeeld bij de toerekening van schade. Naar mijn mening komt aan die omstandigheden in het algemeen nauwelijks belang toe (§ 12.3).

DEEL IV

NADERE BEGRENZING VAN AANSPRAKELIJKHEID

13.1 Inleiding

519. In de vorige twee delen behandelde ik een tweetal ingangsvoorwaarden om de pleger van een toerekenbare onrechtmatige daad, een kwalitatief aansprakelijke en degene die een wanprestatie levert, voor schade aansprakelijk te kunnen houden. Verder besprak ik welk normatief verband tussen de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis en de daardoor veroorzaakte schade vereist is om een verplichting tot vergoeding van die schade aan te kunnen nemen. Wanneer en voor zover aan deze twee ingangsvoorwaarden is voldaan en dit normatieve verband aanwezig is, dient in beginsel de schade te worden vergoed. Bijzondere omstandigheden kunnen echter in het kader van het relativiteitsvereiste en het toerekeningsvereiste nog tot een nadere begrenzing van aansprakelijkheid leiden. In dit deel behandel ik die omstandigheden. In dit hoofdstuk bespreek ik de situaties waarin een aanspraak op schadevergoeding een andere (verhaals)regeling onaanvaardbaar zou doorkruisen en om die reden de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis niet tot een verplichting tot vergoeding van bepaalde schade leidt. In hoofdstuk 14 bespreek ik de situaties van de *in pari delicto* verkerende gelaedeerde en van schade in een niet-rechtmatig belang.

520. Soms zou een bijzondere (verhaals)regeling op onaanvaardbare wijze worden doorkruist indien vanwege een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis aan de gelaedeerde een aanspraak op vergoeding van de daardoor veroorzaakte schade zou toekomen. Daarin kan een bijzondere reden liggen om aansprakelijkheid te begrenzen. In dit hoofdstuk bespreek ik achtereenvolgens de mogelijke doorkruising van het publiekrecht wanneer de overheid op grond van het privaatrecht aanspraak zou hebben op schadevergoeding (§ 13.2), de doorkruising van de vennootschapsrechtelijke rechtsorde indien een aandeelhouder aanspraak zou hebben op vergoeding van afgeleide schade aan aandelen (§ 13.3) en de doorkruising van de verzekeringsrechtelijke subrogatieregeling wanneer een verzekeraar aanspraak zou hebben op vergoeding van afgeleide schade ontstaan door het doen van een uitkering aan de verzekerde (§ 13.4).

Dit zijn niet de enige situaties waarin een aanspraak op schadevergoeding een andere (verhaals)regeling zou doorkruisen. De doorkruising van de regelingen van art. 6:107, 6:107a en 6:108 BW en de doorkruising van de regelingen van 7:419 en 7:420 BW bespreek ik bij de behandeling van

de problematiek van de verplaatste schade in § 15.8.6. De doorkruising van de regeling betreffende proceskosten van art. 237 e.v. Rv wordt voorkomen door de begrenzing van het schadebegrip in art. 6:96 lid 3 BW; ik laat deze potentiële doorkruising goeddeels buiten beschouwing, maar bespreek wel de situatie waarin vanwege een opzettelijke normschending proceskosten worden gemaakt, zie hierover nr. 715.

Naar ik meen ligt het voor de hand dat wanneer, zoals onze wet doet, in algemene bepalingen de vestiging van aansprakelijkheid wordt geregeld en een verplichting tot schadevergoeding wordt opgelegd, daarmee in uiteenlopende gevallen een andere regeling kan worden doorkruist. In onze doctrine zijn de diverse erkende begrenzingen van aansprakelijkheid die nodig zijn ter voorkoming van een dergelijke doorkruising, tot op heden nog niet tezamen onder deze noemer gebracht. In dit hoofdstuk zal ik dat wel doen en bespreken wanneer aansprakelijkheid om deze reden dient te worden begrensd. Deze begrenzing kan naar gelang dat uitkomt in het relativiteitsvereiste of in het toerekeningsvereiste tot uitdrukking worden gebracht.

Deze grens aan de reikwijdte van aansprakelijkheid heeft een ander karakter dan de in de hoofdstuk 8 t/m 11 besproken vier grenzen aan aansprakelijkheid. Bij elk van deze vier grenzen liet zich niet vaststellen dat met de geschonden norm of met de toepasselijke kwalitatieve aansprakelijkheid beoogd was te beschermen tegen de schade zoals geleden, terwijl bovendien het aansprakelijkheidsrecht in vergelijkbare situaties de schade voor rekening van de gelaedeerde liet. De combinatie van deze beide gegevens voerde tot de conclusie dat onvoldoende verband tussen de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis en de daarvoor veroorzaakte schade bestond om de laedens voor die schade aansprakelijk te maken. De in dit hoofdstuk behandelde grens ligt eenvoudiger en is in zekere zin harder: een aanspraak op schadevergoeding zou in strijd zijn met een andere, speciale regeling. Op die grond wordt de aanspraak op schadevergoeding afgesneden, ook al bestaat er voldoende verband tussen de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis en de schade.

13.2 Schade van de overheid; doorkruising publiekrecht

521. Indien de overheid door middel van het privaatrecht aanspraak maakt op vergoeding van de door een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis veroorzaakte schade, kan dat in strijd komen met het publiekrecht. In beginsel is dat niet het geval in de situatie waarin de overheid aan het rechtsverkeer deelneemt als een willekeurige andere (rechts)persoon. Anders komt dat te liggen wanneer een overheidsinstantie vergoeding vordert van kosten gemaakt voor de uitvoering van een haar opgedragen publieke taak (§ 13.2.1) of van bij de uitvoering van een haar opgedragen taak anderszins geleden schade (§ 13.2.2).¹

1 In nr. 137 e.v. gaf ik een korte beschrijving van de rechtsontwikkeling op dit gebied en besprak ik hoe in HR 15 mei 1970, *NJ* 1970/327 m.nt. G.J. Scholten (*Bedrijfschap/Klomp*) en HR 9 november 1973, *NJ* 1974/91 m.nt. W.F. Prins (*Limmen/Houtkoop*) de hier aan de orde zijnde grenzen in het relativiteitsvereiste werden ingebed.

13.2.1 Kostenverhaal door de overheid

522. In *Vlissingen/Rize Denizcilik*² heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de vraag of een overheidslichaam kosten gemaakt heeft voor het vanwege een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis uitvoeren van een aan hem bij een publiekrechtelijke regeling opgedragen publieke taak, langs privaatrechtelijke weg kan verhalen

“(…) moet worden beantwoord aan de hand van soortgelijke maatstaven als die welke zijn aanvaard in [*Windmill*]. Wanneer de publiekrechtelijke regeling niet in beantwoording van de vraag voorziet, is beslissend of kostenverhaal via het privaatrecht die regeling op onaanvaardbare wijze doorkruist. Daarbij moet onder meer worden gelet op de inhoud en strekking van de regeling (die ook kan blijken uit haar geschiedenis), zulks mede in verband met de aard van de taak en de aard van de kosten. Van belang hierbij is dat, wanneer verhaal van kosten langs publiekrechtelijke weg is uitgesloten, zulks een belangrijke aanwijzing is dat verhaal van kosten langs privaatrechtelijke weg ook is uitgesloten.” (rov. 3.5)

523. Of het verhaal van de kosten voor het vanwege een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis uitvoeren van een overheidstaak, leidt tot een onaanvaardbare doorkruising van de toepasselijke publiekrechtelijke regeling, heeft de Hoge Raad voor diverse overheidstaken beoordeeld.

Het verhaal van de kosten van de taakuitoefening door de brandweer zou volgens de Hoge Raad neerkomen op een onaanvaardbare doorkruising van de Brandweerwet 1985,⁴ voor zover het gaat om kosten gemaakt vanwege acute gevaarsituaties die veelal de snelle inschakeling van technische hulpmiddelen door de brandweer vereisen,⁵ en niet om kosten voor meer hulpverlenende taken, zoals assistentie bij het plaatsen van aggregaten, controleren van woningen en bedrijfspanden op problemen als gevolg van een stroomstoring, afvoer van bedorven materialen en dergelijke.⁶ Ook heeft de Hoge Raad geoordeeld dat het verhaal van kosten van opsporingsonderzoek naar aanleiding van een opzettelijk onjuiste aangifte in beginsel een onaanvaardbare doorkruising zou opleveren van de publiekrechtelijke regelgeving die aan de politie het opsporen van strafbare feiten opdraagt.⁷

Niet tot een onaanvaardbare doorkruising van een publiekrechtelijke regeling zou naar het oordeel van de Hoge Raad leiden het verhaal van kosten gemaakt bij de uitvoering door de Staat van zijn beheers- en onderhoudstaak van de openbare weg,⁸ het verhaal van kosten voor het opruimen van scheepswrakken⁹ of het markeren van de plaats van een scheepswrak,¹⁰ het verhaal van de door een gemeente gemaakte kosten ter bestrijding van een ramp of een zwaar ongeval en

2 HR 11 december 1992, *NJ* 1994/639 m.nt. M. Scheltema (*Vlissingen/Rize Denizcilik*).

3 HR 26 januari 1990, *NJ* 1991/393 m.nt. M. Scheltema (*Windmill*). Zie nader nr. 138.

4 HR 11 december 1992, *NJ* 1994/639 m.nt. M. Scheltema (*Vlissingen/Rize Denizcilik*).

5 HR 12 december 2014, *NJ* 2015/366 m.nt. S.D. Lindenbergh (*Achmea/Staat*), rov. 3.3.2.

6 HR 24 juni 2016, *NJ* 2017/139 m.nt. S.D. Lindenbergh (*Staat/Neerijnen*), rov. 3.5.2.

7 HR 14 februari 2017, *NJ* 2017/140 m.nt. S.D. Lindenbergh (*Valse aangifte*). Vgl. HR 31 maart 2003, *NJ* 2003/360 (*Landelijk instituut sociale verzekeringen/D.*).

8 HR 19 december 1975, *NJ* 1976/280 m.nt. G.J. Scholten (*Rijksweg 12*).

9 HR 26 mei 1978, *NJ* 1978/615 m.nt. G.J. Scholten (*Zuidpool*); HR 14 oktober 1994, *NJ* 1995/720 m.nt. M. Scheltema (*Staat/August de Meijer*) en HR 8 maart 2002, *NJ* 2003/372 m.nt. K.F. Haak (*Staat/KMT*).

10 HR 10 juli 2015, *NJ* 2015/441 m.nt. K.F. Haak (*Staat/Van der Schalk*).

de gevolgen daarvan,¹¹ en het verhaal door een waterschap van de kosten van het houden van verkiezingen.¹²

524. Het doorkruisingskader lijkt op het eerste gezicht eenvoudig toe te passen: beoordeeld hoeft slechts te worden of een aanspraak op vergoeding van de door een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis veroorzaakte schade in strijd komt met de publiekrechtelijke regeling. Soms kan dit inderdaad eenvoudig zijn. Uit bijvoorbeeld de wetgeschiedenis van de Brandweerwet 1985 blijkt dat de wetgever van oordeel was dat het niet aangaat om de kosten van de hier aan de orde zijnde publieke taakuitoefening langs een publiekrechtelijke weg aan burgers in rekening te brengen. Het ligt dan voor de hand, dat het wel bieden van een verhaalsmogelijkheid langs privaatrechtelijke weg, deze opvatting van de wetgever onaanvaardbaar zou doorkruisen. Soms wordt – andersom – privaatrechtelijk verhaal van gemaakte kosten in de parlementaire geschiedenis van de publiekrechtelijke regeling juist uitdrukkelijk mogelijk geacht; dan leidt privaatrechtelijk kostenverhaal klaarblijkelijk niet tot een onaanvaardbare doorkruising van deze regeling.¹³

525. Niet altijd biedt echter de publiekrechtelijke regeling waarin aan een overheidslichaam een bepaalde publieke taak wordt opgedragen voldoende houvast bij de beantwoording van de vraag of privaatrechtelijk verhaal van die kosten mogelijk is. Over het verhaal van de door de politie vanwege een opzettelijk onjuiste aangifte gemaakte opsporingskosten, schreef advocaat-generaal Vegter in zijn conclusie vóór *Valse aangifte*:

“De tekst van het Wetboek van Strafrecht, het Wetboek van Strafvordering en de Politiewet 2012 biedt geen aanknopingspunt voor verhaal van opsporingskosten. (...) Bij de totstandkoming van de regelingen heeft de wetgever geen verhaal van opsporingskosten voor ogen gehad, maar dat is iets anders dan dat het beoogd is het uit te sluiten.” (§ 53)

Ondanks deze onduidelijkheid oordeelde de Hoge Raad dat het verhaal van deze opsporingskosten deze publiekrechtelijke regelgeving in beginsel onaanvaardbaar zou doorkruisen. De Hoge Raad motiveerde dat als volgt:

“De onbeperkte mogelijkheid van verhaal van deze kosten [die de politie maakt ter uitvoering van haar publiekrechtelijke taak, strekkende tot het opsporen van strafbare feiten] op grond van het privaatrecht – welke mogelijkheid onder meer zou bestaan indien een verdachte, een veroordeelde of een derde onrechtmatig handelen jegens de politie kan worden verweten – verdraagt zich niet zonder meer met de bijzondere wettelijke doeleinden en regeling van de strafrechtspleging.” (rov. 3.4.2)

Lindenbergh heeft deze motivering in zijn annotatie bekritiseerd op de grond dat niet goed valt in te zien waarom de omstandigheid dat een “*onbeperkte mogelijkheid*” van de politie om opsporingskosten te verhalen zich niet “*zonder meer*” verdraagt met de bijzondere wettelijke doeleinden en regeling van de strafrecht-

11 HR 24 juni 2016, NJ 2017/139 m.nt. S.D. Lindenbergh (*Staat/Neerijnen*).

12 HR 25 maart 2011, NJ 2011/139 (*X/Hoogheemraadschap Rijnland*).

13 Zie bijvoorbeeld HR 24 juni 2016, NJ 2017/139 m.nt. S.D. Lindenbergh (*Staat/Neerijnen*), rov. 3.3.2.

pleging, maakt dat in de voorliggende zaak, waarin opzettelijk een onjuiste aangifte was gedaan, verhaal van de gemaakte opsporingskosten de publiekrechtelijke regeling onaanvaardbaar zou doorkruisen. Van der Veen¹⁴ en Huisman¹⁵ hebben in hun annotaties naar voren gebracht, dat onduidelijk is waarom precies sprake is van een onaanvaardbare doorkruising en dat tevens onduidelijk is welke regeling eigenlijk doorkruist wordt.

In deze situatie waarin de politie opsporingskosten probeert te verhalen, volgt mijns inziens niet uit de publiekrechtelijke regeling of het verhaal van de kosten gemaakt bij de uitvoering van de opgedragen publiek taak door middel van het privaatrecht wel of niet onaanvaardbaar is. De Hoge Raad heeft zich blijkens de in *Vlissingen/Rize Denizcilik* gegeven maatstaf ook wel gerealiseerd dat de publiekrechtelijke regeling waarop de taakuitoefening van het overheidslichaam gebaseerd is, soms onvoldoende aanknopingspunten biedt voor het antwoord op de vraag of kostenverhaal toelaatbaar is. Volgens deze maatstaf is immers, naast de inhoud en strekking van de regeling, ook “*de aard van de taak en de aard van de kosten*” van belang. De werkelijke reden om het verhaal van kosten niet toe te staan, is mijns inziens de rechtsovertuiging dat deze kosten zijn gemaakt bij de uitvoering van een taak in het algemeen belang en het dan ook het collectief moet zijn dat deze kosten draagt. Indien men deze rechtsovertuiging tot het publiekrecht rekent, is het wellicht beter om niet te spreken van de doorkruising van een publiekrechtelijke regeling, maar van de doorkruising van het publiekrecht. Overigens zal ook bij de in § 13.2.2 te behandelen situatie waarin de overheid andere schade dan gemaakte kosten probeert te verhalen, blijken dat soms niet zozeer een publiekrechtelijke regeling wordt doorkruist, maar wel de tot het publiekrecht behorende normatieve noties.

526. Hoewel de publiekrechtelijke regeling niet altijd voldoende aanknopingspunten biedt om te beoordelen of kostenverhaal toelaatbaar is, blijft het doorkruisingskader wel aantrekkelijk bij deze beoordeling. Steeds is in de eerste plaats namelijk nodig om te onderzoeken of uit de publiekrechtelijke regeling volgt dat kostenverhaal is uitgesloten of juist mogelijk wordt geacht. Voor het overige zullen de argumenten om kostenverhaal al dan niet uit te sluiten met de regeling samenhangen.

Bij de in § 13.3 te behandelen doorkruising van de vennootschapsrechtelijke rechtsorde en de in § 13.4 te bespreken doorkruising van de verzekeringsrechtelijke subrogatieregeling zal ook blijken dat het zinvol is om in de eerste plaats te bezien of het toekennen van een bepaalde aanspraak op schadevergoeding deze rechtsorde of regeling onaanvaardbaar doorkruist. Niet in alle situaties kan echter op deze manier tot een oplossing worden gekomen. Nodig is dan om de argumenten die ten grondslag liggen aan de mogelijk te doorkruisen regeling in aanmerking te nemen en te bepalen of die argumenten in het voorliggende geval tot een beperking van aansprakelijkheid dienen te leiden.

Het nader specificeren van de rechtsovertuigingen die bestaan ten aanzien van kostenverhaal door de overheid en het rationaliseren daarvan, valt buiten het be-

14 AB 2018/1.

15 *Gst.* 2017/177.

stek van dit boek.¹⁶ In nr. 711 bespreek ik wel nog nader de situatie waarin de onrechtmatige daad, naar aanleiding waarvan het overheidslichaam de kosten heeft gemaakt, opzettelijk is gepleegd.

13.2.2 *Andere situaties waarin de overheid aanspraak maakt op schadevergoeding*

527. Ook buiten de situatie van verhaal door een overheidsinstantie van de voor de uitvoering van een publieke taak gemaakte kosten, kan een aanspraak op schadevergoeding van de overheid een publiekrechtelijke regeling of het publiekrecht onaanvaardbaar doorkruisen.

In bijvoorbeeld *Staat/Lenger en Deloitte & Touche*¹⁷ had een belastingplichtige een onjuiste, te lage, belastingopgave gedaan. De Staat leed renteverlies omdat hierdoor aanvankelijk te weinig belasting werd betaald. Dat verlies probeerde de Staat op grond van onrechtmatige daad op de belastingplichtige te verhalen. De Hoge Raad oordeelde dat ontoelaatbaar; hij beoordeelde als *onjuist* de opvatting: “*dat de belastingplichtige die in het kader van de belastingheffing aan de belastingdienst onjuiste opgaven doet (...) jegens de Staat uit onrechtmatige daad aansprakelijk is, indien deze onjuistheid – in de bewoordingen van het huidige art. 6:162 lid 3 BW – is te wijten aan zijn schuld of aan een oorzaak die krachtens de wet of de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt.*” (rov. 3.3)¹⁸ De Hoge Raad motiveerde dit oordeel op de grond dat de Invorderingswet 1990 niet de mogelijkheid bood om het renteverlies op de belastingplichtige te verhalen en het fiscale legaliteitsbeginsel, zoals dat uit art. 104 Gw voortvloeit, eraan in de weg staat dat de Staat op grond van onrechtmatige daad vergoeding hiervan kan vorderen.

De Hoge Raad heeft het doorkruisingskader zoals gehanteerd in *Windmill* en in *Vlissingen/Rize Denizcilik*, niet uitdrukkelijk van toepassing verklaard in deze situaties waarin een overheidsinstantie andersoortige schade wil verhalen. Niettemin toetst hij, begrijpelijkerwijs, ook in deze situaties of sprake is van een onaanvaardbare doorkruising van het publiekrecht.

In *Staat/Lenger en Deloitte & Touche* zien we, evenals bij de situaties van kostenverhaal, dat een aanspraak op schadevergoeding niet zozeer de regeling waaraan het overheidsorgaan uitvoerig heeft gegeven zelf doorkruist, maar wel in strijd komt met publiekrechtelijke noties die met die regeling samenhangen. In deze zaak is dat het fiscale legaliteitsbeginsel zoals neergelegd in art. 104 Gw. Dit legaliteitsbeginsel is geen onderdeel van de publiekrechtelijke regeling, zoals neergelegd in de Invorderingswet 1990, waaraan de overheidsinstantie haar publieke taak ontleent, maar hangt daar wel nauw mee samen.

Een nog duidelijker voorbeeld van dit verschijnsel dat uiteindelijk andere noties van publiekrecht beslissend kunnen zijn, biedt de zaak *Intertrust/Ontvanger*.¹⁹

16 Zie nader over deze problematiek Bierbooms 1997.

17 HR 8 mei 1998, NJ 1998/890 m.nt. A.R. Bloembergen (*Staat/Lenger en Deloitte & Touche*).

18 Zie overigens HR 30 januari 2004, NJ 2004/197 (*H./Ontvanger*) waarin de Hoge Raad in een specifiek geval oordeelde dat de weg van art. 6:162 BW niet door de Invorderingswet 1990 wordt geblokkeerd.

19 HR 8 juli 2011, NJ 2011/477 m.nt. J.W. Zwemmer (*Intertrust/Ontvanger*).

In deze zaak werd Intertrust als bestuurder van een vennootschap op grond van onrechtmatige daad door de Ontvanger aangesproken vanwege het frustreren van het verhaal van een belasting-schuld van die vennootschap. De belastingaanslag aan deze vennootschap had inmiddels forme-
le rechtskracht gekregen maar was, naar Intertrust stelde, te hoog. Tussen het aan Intertrust ver-
weten frustreren van de betaling door de belastingplichtige vennootschap en het door de
Ontvanger mislopen van het door de vennootschap verschuldigde bedrag werd in feitelijke in-
stanties causaal verband aanwezig geoordeeld. Ter zake van de toerekening in de zin van art. 6:98
BW van deze schade aan de handelwijze van de bestuurder oordeelde de Hoge Raad echter: “*Uit
de aard van de aansprakelijkheid vloeit voort dat de Ontvanger van [de bestuurder] als werkelijk
nadeel niet méér kan vorderen dan het naar objectieve maatstaven te berekenen bedrag van de
materiële belastingschuld.*” (rov. 3.5.1) De Hoge Raad motiveerde dit toerekeningsoordeel als
volgt. Het open stelsel van de Invorderingswet 1990 sloot niet uit dat de Ontvanger derden, die
hij niet op grond van deze wet kon aanspreken voor een niet door een belastingplichtige voldane
schuld, op grond van onrechtmatig daad zou aanspreken. Aan de derden die de Ontvanger op
grond van de Invorderingswet 1990 wel zou kunnen aanspreken, verschafte deze wet een zekere
rechtsbescherming in die zin dat in de bestuursrechtelijke procedure tegen het invorderingsbe-
sluit ook de onderliggende aanslag ter discussie gesteld kon worden. Die regel is volgens de
Hoge Raad ook in overeenstemming met de rechtspraak die de formele rechtskracht van een
besluit in haar werking beperkt tot de belanghebbenden voor wie een met voldoende waarborgen
omklede bestuursrechtelijke rechtsgang heeft opengestaan. Naar het oordeel van de Hoge Raad
zou het “*niet passen in het wettelijk stelsel*” om in die gevallen waarin het verhaal op een derde
niet plaatsvindt op grond van de Invorderingswet 1990 maar op grond van onrechtmatige daad,
niet de mogelijkheid te laten bestaan de aanslag aan de vennootschap ter discussie te stellen.

In *Intertrust/Ontvanger* was aldus geen sprake van een directe doorkruising van
de Invorderingswet 1990 indien de Ontvanger tegenover de bestuurder aanspraak
zou hebben op vergoeding van misgelopen inkomsten van de omvang van de
formeel vaststaande belastingschuld van de belastingplichtige. Wel is duidelijk
dat een dergelijke aanspraak in strijd zou komen met aan die regeling ten grond-
slag liggende en overigens in het publiekrecht bestaande rechtsovertuigingen
over een behoorlijke bejegening van de burger door een overheidsinstantie. Ook
hier gaat het dus veeleer om de doorkruising van het publiekrecht door een aan-
sprak op schadevergoeding.

13.3 Afgeleide schade aandeelhouder; doorkruising vennoot- schapsrechtelijke rechtsorde

528. Soms wordt aan een vennootschap door een aansprakelijkheidscheppende
gebeurtenis schade toegebracht met als gevolg dat de aandelen in deze vennoot-

schap minder waard worden en de houders van die aandelen schade lijden.²⁰ Naar vaste rechtspraak van de Hoge Raad geldt het volgende ter zake van de verhaalbaarheid van die afgeleide schade op de laedens:²¹

“indien een derde aan een naamloze of besloten vennootschap vermogensschade toebrengt (...) door gedragingen die jegens de vennootschap onrechtmatig zijn, [heeft] alleen de vennootschap uit dien hoofde een vordering (...) tot vergoeding van deze aan haar toegebrachte schade. In beginsel komt aan één of meer houders van aandelen in de vennootschap niet een vordering toe tot vergoeding van schade bestaande in vermindering van de waarde van hun aandelen of gemiste koerswinst die het gevolg is van de vorenbedoelde (...) onrechtmatige gedraging van een derde jegens de vennootschap. Op deze regel kan een uitzondering worden gemaakt indien sprake is van een gedraging die specifiek onzorgvuldig is jegens de aandeelhouder. (...)”

In de literatuur placht men met een scala aan (beleids)argumenten te rechtvaardigen dat degene die aan een vennootschap met een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis schade toebrengt, niet aansprakelijk is tegenover de aandeelhouder of aandeelhouders van die vennootschap. Indien een dergelijke aansprakelijkheid wel zou bestaan, zou dat in deze benadering allerlei onwenselijke gevolgen hebben.²² Op zichzelf is dat niet onjuist. Mijns inziens is het echter inzichtelijker om deze kwestie als doorkruisingsprobleem te benaderen. Het is de vennootschapsrechtelijke rechtsorde die door het geven van een aanspraak aan de aandeelhouder op vergoeding van afgeleide schade doorkruist zou worden.

Ook Kroeze heeft aandacht gevraagd voor het doorkruisingsaspect en heeft betoogd dat *“de deelrechtsorde die de vennootschap in haar existentie bepaalt (...) door een vordering van de aandeelhouders uit artikel 6:162 BW op onaanvaardbare wijze zou worden doorkruist”*.²³ Deze deelrechtsorde heeft volgens Kroeze ook betrekking *“op de verhouding tussen de bij die vennootschap betrokken organen en personen tot elkaar en tot de vennootschap”*.²⁴ Kroeze heeft echter nauwelijks uitgewerkt waarom deze deelrechtsorde onaanvaardbaar zou worden door-

20 Bloembergen 1965, nr. 214 heeft overigens geschreven dat indien de vennootschap een aanspraak heeft op schadevergoeding haar vermogen niet achteruitgaat (de vennootschap heeft dan wel schade geleden, maar zij verkrijgt tegelijkertijd een vordering tot vergoeding daarvan van gelijke waarde) en daarom de aandeelhouders geen schade lijden. Kroeze 2004, p. 54 heeft deze opvatting bestreden op de mijns inziens onjuiste grond dat men aldus redenerend altijd kan zeggen dat een gelaedeerde geen schade lijdt omdat hij een aanspraak heeft op vergoeding daarvan. Kroezes gedachtegang is onjuist omdat bij de vaststelling van de aanspraak op schadevergoeding, en daarbij van de schadeomvang, van een gelaedeerde per definitie geen rekening wordt gehouden met de omvang van de eigen aanspraak van de gelaedeerde op schadevergoeding. Als het echter gaat om de aanspraak op schadevergoeding, en daarbij van de schadeomvang, van een aandeelhouder staat niets eraan in de weg om daarbij te betrekken dat de vennootschap aanspraak heeft gekregen op schadevergoeding. Niettemin is de opvatting van Bloembergen mijns inziens in zijn algemeenheid niet juist. Afgeleide schade ontstaat wel wanneer de vennootschap geen aanspraak heeft op volledig verhaal van haar schade (te denken valt aan HR 29 november 1996, NJ 1997/178 (*Cri Cri*) waarin de vennootschap te maken had met de beperking van art. 6:119 BW), wanneer nog onzeker is of de vennootschap een aanspraak heeft op schadevergoeding en deze aanspraak ook te gelde kan maken, en wanneer de vennootschap haar aanspraak op schadevergoeding om welke reden dan ook niet of mogelijk niet zal uitoefenen.

21 HR 12 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1899 (*X/Gilze en Rijen*), rov. 3.4.1. Zie ook: HR 2 december 1994, NJ 1995/288 m.nt. J.M.M. Maeijer (*Poot/ABP*), rov. 3.4.3; HR 15 juni 2001, NJ 2001/573 m.nt. J.M.M. Maeijer (*Chipshol*), rov. 3.4.2 en HR 16 februari 2007, NJ 2007/256 m.nt. J.M.M. Maeijer (*Tuin Beheer*), rov. 3.3.c.

22 Onder meer wordt erop gewezen dat crediteuren van de vennootschap hierdoor kunnen worden benadeeld, dat inbreuk kan worden gemaakt op de rangorde tussen aandeelhouders onderling en dat chaotische verhaalsituaties kunnen ontstaan. Zie hierover bijvoorbeeld Du Perron 1995, p. 52 e.v.; Kroeze 2004, p. 37 e.v.; Kroeze 2012, p. 33; en Timmerman 2013, p. 116, 117.

23 Kroeze 2004, p. 61, 62.

24 Kroeze 2004, p. 61, 62.

kruist en heeft deze opvatting slechts gebruikt om naar analogie van de *Windmill-maatstaf*²⁵ een vennootschapsrechtelijke doorkruisingsleer uit te werken.

Eén hier van belang zijnd onderdeel van de vennootschapsrechtelijke rechtsorde is de regeling omtrent het door aandeelhouders onttrekken van kapitaal aan de vennootschap (art. 2:105 en 2:216 BW). Dat een aandeelhouder niet zomaar kapitaal aan de vennootschap mag onttrekken spreekt vrijwel voor zich: dat kan eenvoudig leiden tot benadeling van crediteuren en van andere aandeelhouders en is bovendien in strijd met de gedachte dat de aandeelhouders vermogen aan de vennootschap hebben verstrekt om haar activiteiten te financieren en het aan het bestuur is dit vermogen aan te wenden. Het toestaan dat een aandeelhouder vergoeding vordert van afgeleide schade zou doorgaans betekenen, dat buiten deze regeling om door een aandeelhouder vermogen aan de vennootschap zou kunnen worden onttrokken. Dat laat zich als volgt inzien. Het uitgangspunt is dat degene die door een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis schade aan de vennootschap heeft toegebracht, deze schade slechts één keer behoeft te vergoeden.

Vanzelf spreekt bijvoorbeeld dat de eigenaar van een door een onrechtmatige daad beschadigde zaak niet kan verlangen dat de laedens zowel de zaak herstelt als de waardevermindering van de zaak die het gevolg is van de door de laedens nog te herstellen beschadiging, aan de eigenaar van de zaak vergoedt.²⁶ Evenmin kan de laedens verplicht worden om zowel de door zijn onrechtmatige daad aan een vennootschap toegebrachte schade te herstellen als de afgeleide schade van de eigenaren van de vennootschap te vergoeden: deze eigenaren zouden dan de schade tweemaal vergoed krijgen.²⁷

Indien de laedens de afgeleide schade van een aandeelhouder vergoedt, zou ter voorkoming van een dubbele vergoedingsplicht van de laedens, de aanspraak van de vennootschap op de laedens tot het corresponderende bedrag teniet moeten gaan. De aandeelhouder die de laedens dwingt om zijn afgeleide schade te vergoeden, onttrekt aldus vermogen aan de vennootschap. Het toestaan van een aanspraak op vergoeding van afgeleide schade zou daarom een doorkruising betekenen van de regeling over kapitaalonttrekking aan de vennootschap en het uitgangspunt dat het in de eerste plaats aan het bestuur is om dit vermogen aan te wenden. Vanwege het belang dat deze regeling in de vennootschapsrechtelijke rechtsorde heeft, is deze doorkruising onaanvaardbaar. Te bedenken valt hierbij, dat wanneer de schade aan de vennootschap wordt vergoed, ook de afgeleide schade van aandeelhouders niet langer geleden wordt. De argumenten die in de literatuur worden gegeven ter onderbouwing van de onwenselijkheid van het toestaan van een aanspraak op vergoeding van afgeleide schade, liggen indirect ook besloten in deze doorkruisingsargumentatie.

25 HR 26 januari 1990, *NJ* 1991/393 m.nt. M. Scheltema (*Windmill*). Zie nader nr. 138.

26 Net als in het geval van schade aan aandelen kan de eigenaar van de zaak ten gevolge van de beschadiging ervan ook schade lijden die niet wordt weggenomen door het herstel van de zaak; over deze verdere schade gaat het hier niet. Zie ook voetnoot 27.

27 Hier komt het aan op een scherpe definitie van de afgeleide schade. Het gaat om schade van een aandeelhouder door waardevermindering, of het achterwege blijven van een waardevermeerdering, van zijn aandelen die correspondeert met de schade aan de vennootschap, in die zin dat als deze schade van de vennootschap wordt vergoed, ook deze schade van de aandeelhouder tenietgaat. Een aandeelhouder kan, doordat aan de vennootschap schade wordt toegebracht, en de waarde van zijn aandelen minder wordt, ook nog andere schade lijden. Dergelijke schade is geen afgeleide schade.

Door de problematiek van afgeleide schade van aandeelhouders als doorkruisingsprobleem te behandelen, wordt zij eenvoudiger: men hoeft dan niet steeds meer allerlei onderliggende argumenten te beschouwen en kan eenvoudig wijzen op de in de wet neergelegde regeling over kapitaalonttrekking.

Eenzelfde verschijnsel is overigens ook waarneembaar bij de doorkruising van het publiekrecht met een privaatrechtelijke aanspraak op schadevergoeding van de overheid (§ 13.2), en bij de doorkruising van de verzekeringrechtelijke subrogatie door het toekennen van een aanspraak van een verzekeraar op degene die de schade aan de verzekerde heeft toegebracht (§ 13.4): ook hier zou men de argumenten die eraan ten grondslag liggen dat de overheid op basis van de publiekrechtelijke regeling geen verhaalsmogelijkheid op de laedens heeft respectievelijk de verzekeraar op grond van de subrogatieregeling zich niet de op laedens kan verhalen, rechtstreeks kunnen gebruiken om aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad van de laedens tegenover de overheid respectievelijk de verzekeraar te beperken. De doorkruisingsredenering is doorgaans echter eenvoudiger omdat dan niet meer naar deze onderliggende argumenten gekeken hoeft te worden.

529. Onder omstandigheden leidt een aanspraak van een aandeelhouder op vergoeding van afgeleide schade niet tot een onaanvaardbare doorkruising van de vennootschapsrechtelijke rechtsorde. Onder meer doet dit zich voor indien ten gevolge van een normschendende gedraging de vennootschap schade lijdt en tevens een aandeelhouder gedwongen wordt zijn aandelen te verkopen. In dergelijke situaties kan naar het oordeel van de Hoge Raad toelaatbaar zijn dat de aandeelhouder vergoeding vordert van het verlies dat hij ten gevolge van de normschendende gedraging op zijn aandelen heeft geleden.

Illustratief zijn de zaken *FNV/Kip*,²⁸ waarin een aandeelhouder onder druk van onder meer een met medewerking van vakbonden uitgevoerde bedrijfsbezetting door werknemers gedwongen werd zijn aandelen te verkopen, en *Kip/Rabobank*²⁹ en *Kessock/S.F.T. Bank*³⁰ waarin aandeelhouders onder druk van een met kredietopzegging dreigende bank gedwongen werden aandelen te verkopen.

De reden dat in deze gevallen de vennootschapsrechtelijke rechtsorde niet ontoelaatbaar wordt doorkruist is de volgende. Nog steeds is in deze gevallen niet aanvaardbaar om de aanspraak van de aandeelhouder ten koste te laten gaan van de aanspraak van de vennootschap. Gekozen dient dus te worden tussen ofwel de uitkomst waarin de laedens de schade (mogelijk) tweemaal vergoedt (zowel aan de aandeelhouder als aan de vennootschap) ofwel waarin alleen de vennootschap aanspraak heeft op schadevergoeding. In deze gevallen doet zich daarbij de bijzonderheid voor dat indien de schade van de vennootschap wordt vergoed, dat niet tot gevolg heeft dat daarmee ook de afgeleide schade van de aandeelhouder ongedaan wordt gemaakt: de voormalig aandeelhouder die zijn aandelen heeft verkocht zal immers niet meer profiteren van de waardestijging van de aandelen die het gevolg is van de schadevergoeding aan de vennootschap. Om deze reden

28 HR 19 april 1991, *NJ* 1991/690 m.nt. P.A. Stein (*FNV/Kip*).

29 HR 2 mei 1997, *NJ* 1997/662 m.nt. J.M.M. Macijer (*Kip/Rabobank*).

30 HR 2 november 2007, *NJ* 2008/5 m.nt. J.M.M. Macijer (*Kessock/S.F.T. Bank*).

is de uitkomst waarin alleen de vennootschap aanspraak heeft op schadevergoeding minder aantrekkelijk. Indien door de laedens een norm is geschonden waarop de aandeelhouder, afgezien van het doorkruisingsprobleem, een aanspraak op schadevergoeding zou kunnen baseren, rechtvaardigt dat mijns inziens de keuze om ook de aandeelhouder aanspraak op schadevergoeding te geven en de consequentie daarvan dat de laedens mogelijk de schade (deels) tweemaal dient te vergoeden.

Anders dan Kroeze³¹ acht ik in beginsel niet mogelijk dat de laedens na zo'n dubbele vergoeding de nieuwe aandeelhouder aanspreekt vanwege ongerechtvaardigde verrijking. De omstandigheid dat aan de vennootschap schade is toegebracht en de kans dat deze schade door de vennootschap op de laedens kan worden verhaald, zal immers in de door de nieuwe aandeelhouder voor de aandelen betaalde prijs verdisconteerd zijn geweest. Het door het kopen van deze aandelen genomen risico had voor de nieuwe aandeelhouder negatief kunnen uitpakken (indien de schade van de vennootschap niet op de laedens blijkt te kunnen worden verhaald) met als gevolg een waardedaling van de aandelen. Wanneer de aandelen in waarde stijgen omdat het door de nieuwe aandeelhouder met de koop genomen risico positief uitpakt (omdat de laedens de schade van de vennootschap vergoedt), zie ik niet in waarom van ongerechtvaardigde verrijking sprake zou zijn.

530. Het valt buiten het bestek van dit boek om een nader standpunt in te nemen over de in de literatuur op onderdelen omstreden grenzen aan de vergoedbaarheid van afgeleide schade van een aandeelhouder. Ik heb hier willen laten zien dat bij deze problematiek in de eerste plaats een doorkruisingsprobleem speelt en daarmee ook wat de plaats van deze problematiek in het schadevergoedingsrecht is. In nr. 712 bespreek ik nog wel de situatie waarin een aandeelhouder door een opzettelijk gepleegde onrechtmatige daad afgeleide schade lijdt.

13.4 Afgeleide schade verzekeraar; doorkruising subrogatieregeling

531. Soms wordt door een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis aan iemand schade toegebracht, is deze gelaedeerde verzekerd en vergoedt de verzekeraar zijn schade of keert de verzekeraar anderszins een geldsom aan hem uit. De verzekeraar lijdt dan afgeleide schade. Soms maakt de verzekeraar vanwege de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis bovendien nog andere kosten.

532. In de begindagen van de relativiteitsleer heeft de Hoge Raad in *Vonk/De Overijsselsche*,³² zoals in nr. 147 besproken, geoordeeld dat degene die een verzekerde door een onrechtmatige daad schade toebrengt, in beginsel niet onrechtmatig handelt tegenover diens verzekeraar, ook niet wanneer diegene bij het plegen van deze onrechtmatige daad de verzekeringsovereenkomst kende of kon kennen.

31 Kroeze 2004, p. 80.

32 HR 24 januari 1930, NJ 1930/299 m.nt. E.M. Meijers (*Vonk/De Overijsselsche*).

De Hoge Raad kwam tot dit oordeel in een zaak waarin een gehuwde vrouw opzettelijk brand had gesticht in de woning waarvan zij en haar man gezamenlijk eigenaar waren. De schadeverzekeraar weigerde de veroorzaakte schade deels te vergoeden: de verzekeraar was namelijk van mening dat de vrouw na zo'n uitkering tegenover hem aansprakelijk zou zijn en verrekende daarom de aanspraken. De precieze reden waarom de Hoge Raad tot zijn oordeel kwam dat de vrouw niet tegenover de verzekeraar onrechtmatig had gehandeld, volgt niet helder uit het arrest. Voor de hand ligt mijns inziens dat zij vergelijkbaar is met de reden waarom de schadeverzekeraar op grond van het huidige art. 7:962 lid 2 BW niet wordt gesubrogeerd in aanspraken van de verzekerde op een echtgenoot.³³

533. Tegenwoordig kan de vraag of degene die tegenover een verzekerde schadeplichtig is ook aansprakelijk is tegenover de verzekeraar mijns inziens beter worden benaderd als een doorkruisingsprobleem. De verzekeringsrechtelijke subrogatie (art. 7:962 BW) die geldt in het geval van een schadeverzekering maakt dat de verzekeraar die de schade van de verzekerde vergoedt zich in het algemeen kan verhalen op de laedens die door een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis de schade van de verzekerde heeft veroorzaakt.³⁴ De verhaalsmogelijkheden van de schadeverzekeraar op grond van deze geavanceerde subrogatieregeling zijn aan zekere beperkingen onderworpen. Art. 7:962 lid 2 BW bepaalt dat de verzekeraar de vordering waarin hij is gesubrogeerd niet ten nadele van het recht op schadevergoeding van de verzekerde kan uitoefenen. Art. 7:962 lid 3 BW bepaalt dat de verzekeraar geen vordering krijgt op de verzekeringnemer zelf, op een medeverzekerde of op iemand die een nauwe relatie heeft met de verzekerde.³⁵ Het zou mijns inziens in beginsel onaanvaardbaar zijn indien een schadeverzekeraar deze beperkingen zou kunnen omzeilen, door aan zijn aanspraak op de laedens een jegens hem gepleegde onrechtmatige daad ten grondslag te leggen. In nr. 713 bespreek ik of dat anders wordt in het geval waarin door een opzettelijk gepleegde onrechtmatige daad afgeleide schade van een schadeverzekeraar is ontstaan.

534. Geen sprake is van een onaanvaardbare doorkruising indien een gesubrogeerde verzekeraar de door hem gemaakte kosten ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid of ter verkrijging van voldoening van de laedens buiten rechte (art. 6:96 lid 2 onder b respectievelijk onder c BW) op de laedens probeert te verhalen. Op deze kosten ziet de subrogatieregeling niet. Naar ik meen, is er geen goede reden waarom de verzekeraar, als deze kosten voor zijn rekening in plaats van voor rekening van de gelaedeerde komen, deze kosten niet op de laedens zou mogen verhalen. De figuur van de verplaatste schade kan hiervoor naar mijn mening gebruikt worden.³⁶

33 Vgl. ook HR 2 februari 1973, *NJ 1973/225* m.nt. A.R. Bloembergen (*CWR/Millenaar*) waarin de Hoge Raad onder het oude recht al eenzelfde beperking aannam.

34 De subrogatie ziet niet op kosten in de zin van art. 6:96 lid 2 onder b of c BW die de verzekeraar maakt. Lindenberg 2006a, p. 321 e.v. bepleit om art. 6:96 lid 2 BW van overeenkomstige toepassing te laten zijn op de vordering van de verzekeraar uit subrogatie. De in hoofdstuk 15 besproken figuur van de verplaatste schade leidt, naar ik meen, ook tot die conclusie.

35 Namelijk de niet van tafel en bed gescheiden echtgenoot of de geregistreerde partner van een verzekerde, de andere levensgezel van de verzekerde, de bloedverwanten in rechte lijn van een verzekerde, een werknemer of werkgever van de verzekerde, en degene die in dienst staat tot dezelfde werkgever als de verzekerde.

36 Zie nader nr. 673. Vgl. Lindenberg 2006a, p. 321 e.v. die tot hetzelfde resultaat komt door art. 6:96 lid 2 sub b en c BW analoog toe te passen op de schadevergoedingsvordering die de verzekeraar verkrijgt.

535. In het geval van een sommenverzekering kan mijns inziens uit het ontbreken van een subrogatieregeling worden afgeleid, dat verhaal door de verzekeraar van de gedane uitkering op degene die door aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis aan de verzekerde schade heeft toegebracht, in beginsel niet mogelijk is. De verzekerde heeft in beginsel aanspraak zowel op de door de laedens te betalen schadevergoeding als op het door de sommenverzekeraar uit te keren bedrag.³⁷ Het zou onwenselijk zijn wanneer de sommenverzekeraar ook de laedens zou kunnen aanspreken. Bij het uitgangspunt dat de laedens de schade maar één keer behoeft te vergoeden, zou dan namelijk de gelaedeerde geen aanspraak meer op de laedens hebben. De werkelijke reden waarom verhaal door de sommenverzekeraar niet mogelijk is, ligt hier dus niet zozeer in het ontbreken van een subrogatieregeling, maar in noties over aan wie in de verhouding tussen laedens, verzekerde en verzekeraar de schadevergoeding en verzekeringsuitkering dient of dienen toe te komen.³⁸

536. Ook hier zien we dat voor het antwoord op de vraag of een verzekeraar een aanspraak op vergoeding kan hebben van door hem geleden afgeleide schade in de eerste plaats de verzekeringsrechtelijke subrogatieregeling van belang is, maar ook andere omstandigheden van belang kunnen zijn, soms zelfs van beslissend belang, bij het bepalen van een redelijke grens aan aansprakelijkheid. Deze andere omstandigheden worden dan wel gewaardeerd aan de hand van argumenten die samenhangen met argumenten die aan de subrogatieregeling ten grondslag liggen.

13.5 Samenvatting

537. Wanneer het door de gelaedeerde hebben van een aanspraak op vergoeding van de door een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis veroorzaakte schade een bijzondere (verhaals)regeling op onaanvaardbare wijze zou doorkruisen, bestaat een bijzondere reden tot nadere begrenzing van de aansprakelijkheid van de laedens (§ 13.1).

Mogelijk is dat het publiekrecht onaanvaardbaar wordt doorkruist. Dit kan zich voordoen indien een overheidsinstantie bij de uitvoering van een aan haar bij een publiekrechtelijke regeling opgedragen publieke taak vanwege een onrechtmatige daad kosten maakt of anderszins schade lijdt en deze kosten of schade door middel van het privaatrecht op de laedens zou kunnen verhalen. De Hoge Raad heeft voor de situaties van kostenverhaal in *Vlissingen/Rize Denizcilik*, naar analogie van *Windmill*, een maatstaf gegeven waarmee bepaald dient te worden of privaatrechtelijk kostenverhaal de publiekrechtelijke regeling op onaanvaardbare wijze doorkruist. Niet steeds ligt het antwoord op de vraag of het verhaal van de door een overheidsinstantie bij de uitvoering van een publieke taak gemaakte kosten mogelijk is, besloten in de publiekrechtelijke regeling waarmee deze taak aan die overheidsinstantie is opgedragen. Soms volgt dit antwoord uit

37 In het algemeen zal de laedens geen beroep op voordeelstoerekening kunnen doen, zie HR 1 oktober 2010, *NJ* 2013/81 m.nt. T. Hartlief (*Verhaeg/Jenniskens*), rov. 3.5.3 sub c.

38 Zie over de discussie over het ontbreken van subrogatie bij sommenverzekering Asser/Wansink, Van Tiggele-van der Velde & Salomons 7-IX* 2019, nr. 582.

een publiekrechtelijke rechtsovertuiging dat de door de overheidsinstantie bij een uitvoering van bepaalde publieke taken gemaakte kosten steeds door het collectief gedragen dienen te worden. Ook het verhaal van de door een overheidsinstantie bij de uitvoering van een publieke taak geleden andersoortige schade, kan soms leiden tot een directe doorkruising van een publiekrechtelijke regeling, en soms vanwege andere tot het publiekrecht behorende noties onaanvaardbaar zijn (§ 13.2).

Mogelijk is ook dat de vennootschapsrechtelijke rechtsorde onaanvaardbaar wordt doorkruist. Dit kan zich voordoen indien door een aansprakelijkheidschepende gebeurtenis aan een vennootschap schade wordt toegebracht en een aandeelhouder tegenover de laedens aanspraak zou hebben op vergoeding van het met die schade aan de vennootschap corresponderende waardeverlies van zijn aandelen. Het toestaan van een dergelijke aanspraak zou, bij het uitgangspunt dat de laedens de veroorzaakte schade slechts eenmaal behoeft te vergoeden, ertoe leiden dat de aandeelhouder kapitaal aan de vennootschap onttrekt en dat is in strijd met de vennootschapsrechtelijke rechtsorde, in het bijzonder met de regeling omtrent dividenduitkering. Onder bijzondere omstandigheden laat zich rechtvaardigen dat de laedens de schade (mogelijk) tweemaal vergoedt; een aandeelhouder kan dan aanspraak hebben op vergoeding van afgeleide schade zonder dat daarmee vermogen aan de vennootschap onttrokken wordt (§ 13.3).

Mogelijk is ook dat de verzekeringsrechtelijke subrogatieregeling onaanvaardbaar wordt doorkruist. Dit kan zich voordoen wanneer ten gevolge van een aansprakelijkheidschepende gebeurtenis aan een verzekerde schade wordt toegebracht en een verzekeraar om die reden aan de verzekerde een uitkering doet. In beginsel kan de verzekeraar niet buiten de verzekeringsrechtelijke subrogatieregeling om op grond van de aansprakelijkheidschepende gebeurtenis de laedens aanspreken tot vergoeding van de door de verzekeraar door het doen van de uitkering aan de verzekerde geleden schade (§ 13.4).

14.1 Inleiding

538. Soms is een bijzondere omstandigheid aan de zijde van de gelaedeerde reden om de reikwijdte van aansprakelijkheid te begrenzen. In het navolgende bespreek ik eerst de *in-pari-delicto*-situatie (§ 14.2) en vervolgens de schade in een niet-rechtmatig belang (§ 14.3). Ik sluit af met een samenvatting (§ 14.4). Ook deze grenzen aan aansprakelijkheid kunnen naar gelang dat uitkomt in het relativiteitsvereiste of in het toerekeningsvereiste tot uitdrukking worden gebracht.

Zou men zich niet beperken, zoals ik in dit boek doe, tot de grenzen aan aansprakelijkheid die in het relativiteitsvereiste en het toerekeningsvereiste besloten liggen, dan zouden in dit hoofdstuk ook besproken dienen te worden de situatie van eigen schuld van de gelaedeerde (art. 6:101 BW) en van het door de gelaedeerde ten gevolge van de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis verkrijgen van voordelen (art. 6:100 BW). Ook in deze situaties wordt aansprakelijkheid begrensd vanwege bijzondere omstandigheden aan de zijde van de gelaedeerde. Ten onrechte wordt in onze doctrine door het doorgaans inbedden van de grenzen aan aansprakelijkheid in het geval van een *in pari delicto* verkerende gelaedeerde en de schade in een niet-rechtmatig belang in het relativiteitsvereiste de suggestie gewekt dat deze problematiek als het ware uit een andere wereld afkomstig is dan de in afdeling 6.1.10 BW neergelegde grenzen aan aansprakelijkheid.¹

Evenals de in hoofdstuk 13 behandelde nadere grenzen aan aansprakelijkheid, laten de in dit hoofdstuk te bespreken nadere grenzen zich niet eruit verklaren dat zich enerzijds niet laat vaststellen dat met de geschonden norm beoogd is te beschermen tegen de schade zoals geleden terwijl anderzijds het aansprakelijkheidsrecht in vergelijkbare situaties de schade voor rekening van de gelaedeerde laat en aldus onvoldoende rechtvaardiging bestaat om de laedens de schade te laten vergoeden. Evenals bij de in het vorige hoofdstuk besproken nadere grenzen aan aansprakelijkheid bestaat er bij elk van de in dit hoofdstuk te bespreken nadere grenzen een andere, meer dwingende reden om, zelfs als er voldoende normatief verband bestaat tussen de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis en de schade, geen aansprakelijkheid voor de door de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis veroorzaakte schade te laten bestaan.

¹ Zie nr. 174.

14.2 De *in pari delicto* verkerende gelaedeerde

539. Naar de letterlijke betekenis van de term, heeft de *in pari delicto* verkerende gelaedeerde een fout gemaakt die van gelijk gewicht is als de fout die hij de laedens verwijt gemaakt te hebben. In de literatuur worden echter ook enigszins andersoortige situaties met deze term aangeduid, zonder deze situaties nader te duiden.² Zinvol is mijns inziens om onderscheid te maken tussen twee gevaltypen. In het eerste gevaltype heeft de gelaedeerde met een normschendende gedraging tamelijk dwingend aanleiding gegeven voor het door de laedens plegen van een onrechtmatige daad.³

Te denken valt aan *Taams/Boudeling*:⁴ Taams bracht Boudeling met langdurig getreiter ertoe hem een klap te geven. De Hoge Raad achtte die gedraging van Boudeling niet onrechtmatig jegens Taams.

In het tweede gevaltype heeft de gelaedeerde dezelfde norm geschonden als die hij de laedens verwijt geschonden te hebben.⁵

Illustratief is *Maas/Willems*:⁶ Willems vorderde van haar concurrent Maas schadevergoeding op de grond dat deze in strijd met de wet te lage vervoerstarieven rekende. Op de grond dat Willems deze wet zelf ook op deze wijze had overtreden oordeelde de Hoge Raad dat Maas niet tegenover Willems onrechtmatig had gehandeld.

540. In de literatuur bestaat, zoals ook in nr. 122 naar voren kwam, geen overvloedige belangstelling voor het scherp onder woorden brengen van de rechtvaardiging van de begrenzing van aansprakelijkheid in het geval van een *in pari delicto* verkerende gelaedeerde. Doorgaans wordt naar uitdrukkingen verwezen zoals de pot verwijt de ketel dat zij zwart ziet, *he who comes to equity must come with clean hands* en diverse Latijnse adagia van de strekking dat degene die zelf fout zat niet een ander kan aanspreken.⁷ Deze uitdrukkingen hebben een zekere zeggingskracht, maar onvoldoende verklarend vermogen. Zij hebben namelijk ook betrekking op de situatie van eigen schuld van de gelaedeerde. In die situatie wordt de gelaedeerde doorgaans niet zonder meer zijn aanspraak op schadevergoeding ontzegd. Bij de toepassing van het eigenschuldleerstuk ligt, integendeel, eerder voor de hand om bij gelijkwaardigheid van de fout van de laedens en van de gelaedeerde beide partijen de helft van de schade te laten dragen. Wanneer in het geval van een *in pari delicto* verkerende gelaedeerde naar genoemde uitdruk-

2 Een uitzondering is Van Nispen 1978, nr. 143 die het door mij genoemde eerste gevaltype heeft onderscheiden.

3 Zie onder meer: HR 5 juni 1936, *NJ* 1937/67 m.nt. P. Scholten (*Berntsen/Remmen*); HR 31 maart 1995, *NJ* 1997/592 m.nt. C.J.H. Brunner (*Taams/Boudeling*) en HR 23 februari 2007, *NJ* 2008/492 m.nt. J.B.M. Vranken (*Io Vivat*).

4 HR 31 maart 1995, *NJ* 1997/592 m.nt. C.J.H. Brunner (*Taams/Boudeling*).

5 Zie onder meer: HR 24 januari 1936, *NJ* 1936/427 m.nt. E.M. Meijers (*Everts/Van Krimpen*); HR 4 januari 1963, *NJ* 1964/434 m.nt. G.J. Scholten (*Scholten/Scholten's Aardappelmeelfabriek*); HR 16 februari 1973, *NJ* 1973/463 m.nt. L.J. Hijmans van den Bergh (*Maas/Willems*) en HR 23 februari 2007, *NJ* 2008/492 m.nt. J.B.M. Vranken (*Io Vivat*).

6 HR 16 februari 1973, *NJ* 1973/463 m.nt. L.J. Hijmans van den Bergh (*Maas/Willems*).

7 Zie bijvoorbeeld Keirse 2003, p. 12; Vranken in zijn annotatie bij HR 23 februari 2007, *NJ* 2008/492 (*Io Vivat*); Haazen 2009, p. 829 e.v.; Keirse & Pajmans 2017, p. 207 e.v.

kingen wordt verwezen, is daarmee op zichzelf dus nog niet verklaard waarom de gelaedeerde zijn gehele aanspraak dient te verliezen.⁸

541. In het eerste gevaltype, waarin de gelaedeerde tamelijk dwingend aanleiding geeft tot de normschendende gedraging van de laedens, ligt de ratio van de begrenzing van aansprakelijkheid mijns inziens in een combinatie van overwegingen die ook spelen bij de begrenzing van aansprakelijkheid bij overmacht van de laedens en bij eigen schuld van de gelaedeerde. Omdat door de gelaedeerde tamelijk dwingend aanleiding wordt gegeven voor het door de laedens plegen van de onrechtmatige daad, kan de laedens daar niets tot weinig aan doen. Bovendien heeft de gelaedeerde door het dwingende aanleiding geven tot die onrechtmatige daad van de laedens daarmee mede zijn eigen schade veroorzaakt.

In situaties van dit eerste type kan de laedens steeds zowel betogen dat de gelaedeerde *in pari delicto* verkeert, als dat de gelaedeerde eigen schuld aan zijn schade heeft. Situaties van dit gevaltype lopen vloeiend over in de situaties waarin alleen het eigenschuldleerstuk kan worden toegepast. Indien de gelaedeerde onvoldoende dwingend de normschendende gedraging van de laedens heeft veroorzaakt, is het niet meer gerechtvaardigd om de gelaedeerde zijn aanspraak op schadevergoeding geheel te ontzeggen. Nog wel gerechtvaardigd kan het dan zijn om de gelaedeerde zijn aanspraak op schadevergoeding gedeeltelijk te ontzeggen.⁹

542. Enigszins lastiger ligt het rechtvaardigen van het ontzeggen van de aanspraak op schadevergoeding aan de gelaedeerde in het tweede gevaltype, waarin de gelaedeerde dezelfde norm heeft geschonden als de laedens. Het enkele door de gelaedeerde schenden van dezelfde norm brengt mijns inziens niet zonder meer mee dat de gelaedeerde de laedens niet meer kan aanspreken.¹⁰

Te denken valt bijvoorbeeld aan de situatie waarbij twee racefietsers elkaar op een fietspad tegemoet fietsen, tegelijkertijd hun voorliggers inhalen en zo beiden op het midden van de weg komen te fietsen en met elkaar in aanrijding komen. Ik zie niet in waarom het enkele gegeven dat deze personen dezelfde norm hebben geschonden, zou maken dat zij beiden in het geheel geen aanspraak meer op schadevergoeding zouden hebben.

De omstandigheid dat de gelaedeerde dezelfde norm opzettelijk heeft geschonden, lijkt mij hier van belang te zijn. Wie opzettelijk een norm schendt, neemt als het ware die norm in een zodanige mate niet serieus dat het inconsistent en onre-

8 Mede om deze reden acht ik terecht de waarschuwing van Weinrib 1976, p. 28, naar aanleiding van de formule ‘ex turpi causa non oritur actio’ (op een onzedelijke grondslag kan geen actie worden gebaseerd), “*The very factuality of applying an apparently adaptable and intuitively appealing formula to different situations may obscure the particular considerations appropriate to each context.*”

9 In bijvoorbeeld HR 7 december 1990, *NJ* 1991/474 m.nt. E.A.A. Luijten (*SHV/Nauta*) werd om deze reden het eigenschuldleerstuk exclusief van toepassing geacht, in HR 31 maart 1995, *NJ* 1997/592 m.nt. C.J.H. Brunner (*Taams/Boudeling*) leidde toepassing van beide leerstukken tot het geheel aan de gelaedeerde ontzeggen van zijn vordering en in HR 23 februari 2007, *NJ* 2008/492 (*Io Vivat*) leidde de *in-pari-delicto*-figuur tot dat resultaat. Indien in laatstgenoemde zaak vast zou komen te staan dat naast de gelaedeerde, *De Groot*, ook andere commissieleden verantwoordelijk waren voor het evenement, acht ik toepassing van het eigenschuldleerstuk aangewezen om een gedeeltelijke afslag op de aanspraak mogelijk te maken (zie ook rov. 3.6.4 van het arrest).

10 Meijers in zijn noot bij HR 24 januari 1936, *NJ* 1936/427 (*Everts/Van Krimpen*); Van Nispen 1978, nr. 146 die tot uitgangspunt neemt dat de schending van dezelfde norm niet aan een aanspraak in de weg staat; zo ook Lankhorst 1992a, p. 91, voetnoot 14. Anders, naar het lijkt, Lindenberg 2009, p. 580.

delijk zou zijn om diegene wel de mogelijkheid te geven een ander op de schending van die norm aan te spreken.¹¹ Maar of dat de consequentie dient te zijn, blijft mijns inziens van de omstandigheden afhangen. Wanneer bijvoorbeeld de normschending van de gelaedeerde veel minder ernstig is (bijvoorbeeld minder omvangrijk of minder vergaand) dan die van de laedens, bestaat reden om de gelaedeerde zijn aanspraak niet te ontzeggen.¹²

543. Het nader analyseren van de begrenzing van aansprakelijkheid in het geval van een *in pari delicto* verkerende gelaedeerde, valt buiten het bestek van dit boek.¹³

14.3 Schade in een niet-rechtmatig belang

544. Soms maakt de gelaedeerde aanspraak op vergoeding van de waarde van een verboden zaak of op vergoeding van een voordeel dat hij zonder de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis in strijd met het recht zou hebben verkregen.

Bijvoorbeeld indien een voorraad door de Opiumwet verboden stimulerende middelen van de gelaedeerde door een onrechtmatige daad verloren zou gaan en de gelaedeerde aanspraak zou maken op vergoeding van de waarde hiervan of van de opbrengst die hij bij verkoop zou hebben verkregen.

De waarde van zo'n verboden zaak of zo'n niet verkregen voordeel geldt als schade in een niet-rechtmatig belang. Als uitgangspunt behoeft de laedens de waarde daarvan niet te vergoeden.

Van de situatie waarin de gelaedeerde aanspraak maakt op vergoeding van de waarde van een verboden zaak of van een voordeel dat hij zonder de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis in strijd met het recht zou hebben verkregen, dient onderscheiden te worden de situatie waarin de gelaedeerde schade lijdt terwijl hij een norm schendt. Deze laatste situaties laten zich anders oplossen. Soms behoeft de laedens geen rekening met het normschendende gedrag van de gelaedeerde te houden en laat zich daarom vaststellen dat de laedens geen zorgvuldigheidsnorm heeft geschonden waarmee beoogd is het belang van de gelaedeerde te beschermen.¹⁴ De begrenzing van aansprakelijkheid wordt dan bereikt langs de in hoofdstuk 10 behandelde weg. Soms heeft de gelaedeerde zich door de normschendende gedraging niet gedragen zoals een redelijk mens in de gegeven omstandigheden zou hebben gedaan en heeft dat bijgedragen aan het ontstaan of de omvang van de schade waardoor de gelaedeerde eigen schuld aan de schade heeft.¹⁵

11 In HR 23 februari 2007, *NJ* 2008/492 (*Jo Vivat*) was van opzettelijke normschending geen sprake. Naar ik meen laat de beslissing in dit arrest zich, ondanks de door de Hoge Raad gegeven motivering, beter begrijpen door haar te zien als situatie waarin de gelaedeerde het onrechtmatig handelen door de laedens heeft veroorzaakt en om die reden geen aanspraak op schadevergoeding heeft.

12 Vgl. HR 15 december 1950, *NJ* 1951/492 m.nt. P.A.N. Houwing (*Wessanen/Mercurius*); Pres. Rb. Arnhem 22 februari 1989, *BIE* 1991/18 m.nt. C. van Nispen (*Anti-Rookkuur*). Zie voor een andere niet-toepassing van de regel: HR 7 december 1990, *NJ* 1991/474 m.nt. E.A.A. Luijten (*SHV/Nauta*).

13 Zie ook nr. 21.

14 Te denken valt aan HR 27 januari 1984, *NJ* 1984/536 m.nt. W.C.L. van der Grinten (*Verstekeling*).

15 Wel rijst dan de vraag of de gelaedeerde zich met het oog op de geleden schade anders had dienen te gedragen, zie hierover nader Keirse & Jongeneel 2013, p. 47, 48.

545. De begrenzing van aansprakelijkheid in het geval van schade in een niet-rechtmatig belang laat zich mijns inziens erdoor rechtvaardigen dat met het gegeven dat het recht verbiedt om een bepaalde zaak aanwezig te hebben, zich niet laat verenigen wanneer het recht tot vergoeding van de waarde van deze zaak zou verplichten indien zij door een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis verloren zou gaan. Evenmin laat zich met het door het recht verbieden om een bepaalde activiteit te verrichten en daar voordeel mee te behalen, verenigen een verplichting tot vergoeding van de waarde van een dergelijk voordeel indien dat voordeel ten gevolge van een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis wordt misgelopen.¹⁶ Iets vergelijkbaars geldt waar het voordeel door de gelaedeerde zonder de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis zou zijn verkregen door wanprestatie tegenover een ander te plegen.¹⁷ In zekere zin gaat het hier dus ook om doorkruisingsproblemen.

Geen sprake is van een absolute regel: onder omstandigheden kan het niet redelijk zijn om de gelaedeerde een aanspraak op vergoeding van inkomsten die hij zonder aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis in strijd met het recht zou hebben verkregen, geheel te ontzeggen.¹⁸ Het nader analyseren hiervan valt buiten het bestek van dit boek.

14.4 Samenvatting

546. Soms bestaat vanwege bijzondere omstandigheden aan de zijde van de gelaedeerde geen aansprakelijkheid voor de door een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis veroorzaakte schade. Het kan gaan om eigen gedrag van de gelaedeerde of om bijzondere omstandigheden aan zijn zijde. In dit hoofdstuk bespreek ik de situatie van de *in pari delicto* verkerende gelaedeerde en van schade in een niet-rechtmatig belang (§ 14.1).

De situaties van de *in pari delicto* verkerende gelaedeerde laten zich onderverdelen in twee verschillende gevaltypen. In het eerste gevaltype geeft de gelaedeerde tamelijk dwingend aanleiding voor het door de laedens plegen van een onrechtmatige daad. In het tweede gevaltype heeft de gelaedeerde dezelfde norm geschonden als die hij de laedens verwijt geschonden te hebben. De rechtvaardiging om de aanspraak van de gelaedeerde op vergoeding van de door een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis veroorzaakte schade te ontzeggen, is voor deze gevaltypen verschillend. Het hangt verder van de omstandigheden van het geval af of het redelijk is de gelaedeerde op deze gronden een aanspraak op schadevergoeding te ontzeggen (§ 14.2).

16 Vgl. Hofmann/Drion & Wiersma 1959, p. 137: “Art. 1401 kan niet worden ingeroepen om onwettige toestanden te sanctioneren.”

17 Zie HR 22 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6104 (*Handelskwekerij B&L/Green Works International*) en Lindenberg 2011, p. 255, 256.

18 Zie bijvoorbeeld de genuanceerde benadering in geval van ‘zwarte’ nevenactiviteiten in HR 24 november 2000, NJ 2001/195 m.nt. A.R. Bloembergen (*Zwarte neveninkomsten*) en de door Bloembergen geopperde achterliggende gedachtegang. Zie voor een andere situatie waarin het niet redelijk zou zijn om geen aanspraak op vergoeding van schade in een niet-rechtmatig belang te geven: HR 6 februari 1987, NJ 1988/926 m.nt. M Scheltema (*Den Haag/Aral*) en Lindenberg 2014, nr. 46.

Indien de gelaedeerde aanspraak maakt op vergoeding van de waarde van een verboden zaak of van een voordeel dat hij zonder de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis in strijd met het recht zou hebben verkregen, maakt de gelaedeerde aanspraak op vergoeding van schade in een niet-rechtmatig belang. Dergelijke door een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis veroorzaakte schade behoeft in beginsel niet te worden vergoed. Onder omstandigheden kan het echter redelijk zijn de gelaedeerde een dergelijke aanspraak niet geheel te ontzeggen (§ 14.3).

DEEL V

BIJZONDERE VERRUIMING
VAN AANSPRAKELIJKHEID

15.1 Inleiding

547. In de vorige drie delen heb ik een tweetal ingangsvoorwaarden behandeld om de pleger van een toerekenbare onrechtmatige daad, een kwalitatief aansprakelijke of degene die een wanprestatie levert, voor schade aansprakelijk te kunnen houden, heb ik besproken welk normatief verband tussen de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis en de daardoor veroorzaakte schade dient te bestaan om een verplichting tot vergoeding van die schade aan te kunnen nemen, en heb ik enkele nadere grenzen aan aansprakelijkheid aan de orde laten komen. Daarmee is nog niet de gehele in dit boek te behandelen omvangsproblematiek in beeld gebracht. In dit deel behandel ik een tweetal bijzondere situaties waarin de in het voorgaande besproken grenzen aan aansprakelijkheid worden verruimd, of althans die grenzen op een bepaalde ruimere wijze nader worden ingevuld. In dit hoofdstuk behandel ik de situatie van de verplaatste schade. In hoofdstuk 16 bespreek ik hoe opzet en grove schuld aan de zijde van de laedens tot een ruimere schadevergoedingsverplichting kunnen leiden.

548. Soms lijdt iemand ten gevolge van een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis schade, is niet duidelijk of diegene aanspraak heeft op vergoeding daarvan, maar is wél duidelijk dat als ten gevolge van dezelfde gebeurtenis dezelfde schade door een ander zou zijn geleden, de laedens de door die ander geleden schade dan zou dienen te vergoeden. Uit het gegeven dat die ander een aanspraak op schadevergoeding zou hebben gehad indien de schade door hem zou zijn geleden, kan volgen dat aan de gelaedeerde eenzelfde aanspraak op schadevergoeding dient toe te komen.

Ik geef twee voorbeelden. (1) Door onrechtmatig handelen raakt de ruit van een verhuurd pand beschadigd. De huurder laat op zijn kosten de ruit door een derde herstellen. Als de eigenaar deze kosten voor herstel zou hebben gemaakt, zou hij tegenover de laedens aanspraak hebben op vergoeding daarvan. In *Friesland/Salverda*¹ oordeelde de Hoge Raad dat ook de huurder jegens de laedens aanspraak heeft op vergoeding van deze herstelkosten. (2) Een aannemer koopt zaken die hij nodig heeft voor de constructie van een werk. De verkoper levert niet en pleegt daarmee

1 HR 4 maart 1955, *NJ* 1955/301 (*Friesland/Salverda*), zie nader nr. 600.

wanprestatie jegens de aannemer. De aannemer is om die reden genoodzaakt om elders aanzienlijk duurdere andere zaken te betrekken. In beginsel heeft de aannemer tegenover de verkoper aanspraak op vergoeding van deze meerkosten. De aannemer berekent de meerkosten echter door aan de opdrachtgever. In *Staat/Degens*² oordeelde de Hoge Raad dat ook de opdrachtgever tegenover de verkoper aanspraak heeft op vergoeding van de meerkosten.

Degene die vanwege dezelfde aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis een aanspraak op schadevergoeding zou hebben gehad indien de schade als gevolg van deze gebeurtenis voor zijn rekening zou zijn gekomen en gebleven, zal ik in dit hoofdstuk aanduiden als de *claimgerechtigde*. Degene die ten gevolge van de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis schade heeft geleden, zal ik de *gelaedeerde derde* noemen, omdat hij derde is ten opzichte van de laedens en de claimgerechtigde. Ik zal steeds zeggen dat de schade is ‘verplaatst’ van de claimgerechtigde naar de gelaedeerde derde. Soms is in deze situaties de schade eerst door de claimgerechtigde geleden en vervolgens voor rekening van de gelaedeerde derde gekomen, maar van zo'n verplaatsing van schade in letterlijke zin heeft geen sprake te zijn.

549. De reden dat uit het gegeven dat de claimgerechtigde een aanspraak op schadevergoeding zou hebben gehad indien de schade door hem zou zijn geleden, kan volgen, dat aan de gelaedeerde derde eenzelfde aanspraak op schadevergoeding dient toe te komen, is de volgende. De positie van de gelaedeerde derde kan zodanig lijken op de positie van de claimgerechtigde dat het onredelijk zou zijn de gelaedeerde derde geen aanspraak op schadevergoeding tegenover de laedens toe te laten komen, terwijl de claimgerechtigde zo'n aanspraak wel zou hebben gehad indien de schade door hem zou zijn geleden. Tegelijkertijd kan het onredelijk zijn om de laedens ervan te laten profiteren dat de schade voor rekening is gekomen van een ander dan degene die wel aanspraak zou hebben gehad op vergoeding daarvan.

Het vergelijken van de situatie waarin de schade door de gelaedeerde derde is geleden met de situatie waarin de schade voor rekening van een claimgerechtigde is gekomen en deze tegenover de laedens aanspraak zou hebben op vergoeding daarvan, biedt een methode om te bepalen of de gelaedeerde derde een aanspraak op schadevergoeding tegenover de laedens dient te hebben. Langs deze weg kan blijken dat hetgeen in de vorige drie delen is besproken, dient te worden bijgesteld of nader wordt ingevuld: personen waarvan volgens de normale regels wordt aangenomen dat zij geen aanspraak op schadevergoeding hebben, of waarvan volgens de normale regels onduidelijk is of zij die aanspraak hebben, blijken onder omstandigheden zo toch een aanspraak op schadevergoeding te hebben. In dit hoofdstuk behandel ik onder welke omstandigheden aan de gelaedeerde derde eenzelfde aanspraak op schadevergoeding dient toe te komen als de claimgerechtigde zou hebben gehad indien de schade door hem zou zijn geleden.

2 HR 3 mei 1946, *NJ* 1946/323 (*Staat/Degens*), zie nader nr. 587.

550. Ons recht kent de figuur van de verplaatste schade, maar zij is in de wet, de jurisprudentie en de literatuur slechts beperkt ontwikkeld.³ Bloembergen heeft deze figuur in de Nederlandse literatuur geïntroduceerd en heeft een eerste uitwerking daaraan gegeven.⁴ De bijzondere regelingen van art. 6:107, 6:107a en 6:108 BW van aanspraken van derden in het geval van letsel of overlijden is grotendeels op de notie van verplaatsing van schade gebaseerd.⁵ Ook buiten deze gevallen is deze figuur van belang. In dit hoofdstuk zal ik de figuur verder ontwikkelen. De ontwikkeling van de figuur van de verplaatste schade leidt mijns inziens in het bijzonder tot een verscherpt inzicht in de problematiek van de aansprakelijkheid van een tekortschietende schuldenaar jegens een derde die geen partij is bij de overeenkomst waaruit de verplichting voor de schuldenaar voortvloeide.

551. Ik vang aan met een nadere verkenning van de problematiek van de verplaatste schade (§ 15.2). Daarna bespreek ik diverse gevallen van verplaatste schade en beantwoord ik daarbij steeds de vraag of het redelijk is om de gelaedeerde derde naar wie de schade zich heeft verplaatst tegenover de laedens een aanspraak op schadevergoeding te geven (§ 15.3 t/m 15.7). Vervolgens behandel ik meer in abstracto de voorwaarden waaronder het redelijk is om de gelaedeerde derde tegenover de laedens een aanspraak op vergoeding van verplaatste schade te geven (§ 15.8). Daarna komen aan de orde de gronden waarop aan de gelaedeerde derde zo'n aanspraak op vergoeding van verplaatste schade kan worden gegeven (§ 15.9). Het hoofdstuk sluit ik af met een samenvatting (§ 15.10).

15.2 **Nadere verkenning van de problematiek van de verplaatste schade**

15.2.1 *Het gedachtegoed van Bloembergen*

552. Bloembergen heeft de problematiek van verplaatste schade – vooral voor buitencontractuele aansprakelijkheid⁶ – in Nederland geïntroduceerd en hierover enige theorie ontwikkeld. Van de verplaatsing van schade is, volgens Bloembergens definitie, sprake wanneer schade van aanvang af wordt geleden door een ander dan degene die doorgaans, bij een normaaltypisch verloop, dergelijke schade lijdt.⁷ Naar het oordeel van Bloembergen bestaan in zo'n situatie sterke argumenten om degene naar wie de schade zich heeft verplaatst tegenover de laedens aanspraak op vergoeding daarvan te geven. Bloembergen schreef:

“Het zou niet redelijk zijn, dat de gedaagde vrijuit gaat, wanneer de schade zich als gevolg van min of meer toevallige omstandigheden, waar hij buiten staat, verplaatst heeft van de recht-

3 Vgl. Lindenbergh, *GS Schadevergoeding* art. 6:95 BW, aant. 6.1; Barendrecht 1998, p. 125; Van Boom 2004, p. 38; Frenk & Messer 1993, p. 47, 48; Du Perron 1999, p. 122 e.v.

4 Zie § 15.2.1.

5 Zie § 15.2.3.

6 Bloembergen 1992, p. 28, 29 en 31 maakt wel duidelijk, zonder daar nader op in te gaan, dat deze figuur naar zijn mening ook van toepassing is in het geval van kwalitatieve aansprakelijkheid en aansprakelijkheid vanwege wanprestatie.

7 Bloembergen 1992, p. 20.

streeks getroffen naar een ander; dat zou voor hem een niet te motiveren buitenkansje opleveren. Evenmin zou het redelijk zijn de rechtstreeks getroffen in een gunstiger positie te plaatsen dan degene naar wie de schade zich verplaatst heeft; het gaat hier steeds om dezelfde schade en waarom zou de een daarvan nu wél en de ander niet vergoeding mogen vragen? En tenslotte pleit voor het toekennen van een vordering aan degene naar wie de schade zich verplaatst heeft, dat daardoor de schadeafwikkeling veelal eenvoudiger wordt. Want als men die vordering niet erkent, dan zal degene naar wie de schade zich verplaatst heeft, veelal verhaal trachten te zoeken op degene die de schade in eerste instantie leed, terwijl deze dan weer verhaal zal zoeken op de dader.”⁸

In het eerste deel van deze argumentatie gaat het om de redelijkheid. Bloembergen argumentatie berust hier op een vergelijking van de situatie waarin de schade voor rekening van de gelaedeerde derde is gekomen met de normaaltypische situatie waarin de schade door de rechtstreeks getroffen is geleden en de gedaagde gehouden is om die schade te vergoeden. Bloembergen betoogde dat de gelaedeerde derde tegenover de gedaagde een aanspraak op schadevergoeding dient te hebben omdat, enerzijds, het niet redelijk zou zijn om de gedaagde door de verplaatsing van de schade vrijuit te laten gaan, terwijl, anderzijds, ook niet valt in te zien waarom de gelaedeerde derde in een minder gunstige positie geplaatst zou dienen te worden dan de positie die de rechtstreeks getroffen in de normaaltypische situatie heeft. Impliciet specificieerde Bloembergen in deze argumentatie ook zijn definitie van verplaatste schade nader: de verplaatsing is het gevolg van min of meer toevallige omstandigheden, waar de gedaagde buiten staat. Het tweede deel van deze argumentatie is van meer praktische aard: schadeafwikkeling wordt eenvoudiger door het toekennen van een directe aanspraak aan de gelaedeerde derde.⁹

553. Wanneer de gelaedeerde derde om deze redenen een aanspraak op schadevergoeding wordt gegeven, dan past daarbij ook dat de gelaedeerde derde niet in een betere positie geraakt dan waarin de rechtstreeks getroffen zou hebben verkeerd indien deze de schade had geleden. Bloembergen was van oordeel dat de gedaagde zich om deze reden jegens de gelaedeerde derde ook op de verweermiddelen diende te kunnen beroepen, die hem tegenover de rechtstreeks getroffen ten dienste zouden hebben gestaan. Bloembergen onderbouwde:

“Dat is redelijk, enerzijds omdat de aansprakelijke persoon er niet slechter van behoort te worden, wanneer de schade in plaats van bij een direct getroffen bij een [gelaedeerde] derde terecht komt en anderzijds omdat de [gelaedeerde] derde als het ware in de positie van de direct getroffen treedt met het gevolg dat hij diens omstandigheden tegen zich moet laten gelden.”¹⁰

554. Wie in het geval van een onrechtmatige daad de gelaedeerde derde zo’n aanspraak op vergoeding van verplaatste schade wil geven, komt naar de heersende leer voor een relativiteitsvraag te staan: is door de laedens ook jegens deze

8 Bloembergen 1965, nr. 171. In dezelfde zin Bloembergen 1992, p. 21.

9 Hier lijkt zich een inconsistentie in Bloembergens opvattingen voor te doen: in Bloembergens definitie gaat het om schade die van aanvang af door de gelaedeerde derde geleden wordt, maar in deze argumentatie spreekt Bloembergen van de rechtstreeks getroffen als degene die de schade in eerste instantie leed. Mijns inziens is het ‘van aanvang af’-criterium ongelukkig, zie nader nr. 567.

10 Bloembergen 1992, p. 31.

gelaedeerde derde onrechtmatig gehandeld en strekte de geschonden norm ook tot bescherming tegen de schade zoals door de gelaedeerde derde geleden? Naar het oordeel van Bloembergen diende de relativiteitsleer niet in de weg te staan aan een aanspraak van de gelaedeerde derde op schadevergoeding:

“Niet valt in te zien, waarom degene naar wie de schade zich verplaatst heeft op grond van de relativiteitsleer van vergoeding zou moeten worden verstoken.”¹¹

Bloembergen lijkt tot die conclusie te komen door ervan uit te gaan dat normen steeds ook strekken tot bescherming van degene naar wie de schade zich heeft verplaatst. Bloembergen verklaarde verder niet hoe in deze constructie de verweermiddelen die de laedens tegenover de rechtstreeks getroffene had kunnen inroepen, doorwerken in de relatie tot de gelaedeerde derde.

555. Bloembergen zag de problematiek van de verplaatste schade als onderdeel van het grotere probleemgebied waarin een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis leidt tot een, mogelijk uitwaaiende, keten van schade van diverse personen. In zo'n geval kan een lawine van aanspraken op schadevergoeding ontstaan. De vraag rijst dan hoe op een redelijke wijze tot een begrenzing van deze aanspraken gekomen kan worden en welke gelaedeerden in de keten wel aanspraak dienen te hebben op vergoeding van hun schade, en welke gelaedeerden niet. Naar het oordeel van Bloembergen nam de problematiek van de verplaatste schade in dit verband een bijzondere plaats in. In het geval van een verplaatsing van schade wordt volgens hem namelijk de aansprakelijkheidslast voor de laedens niet verzwaard: de schade die een rechtstreeks getroffene doorgaans lijdt, is immers voor rekening van de gelaedeerde derde gekomen en wordt niet langer door de rechtstreeks getroffene geleden.¹²

556. Naast de in het voorgaande besproken situatie van verplaatste schade signaleerde Bloembergen nog twee andere situaties waarin men ook van een verplaatsing van schade zou kunnen spreken. In de eerste plaats signaleerde Bloembergen de situatie waarin iemand naast de laedens gehouden is tot vergoeding van de schade van de rechtstreeks getroffene. Wanneer diegene in zo'n situatie de schade van de rechtstreeks getroffene geheel vergoedt, komt de schade, waarvoor de laedens ook aansprakelijk was, voor zijn rekening. Aldus is de schade verplaatst van de rechtstreeks getroffene naar die andere voor de schade aansprakelijke persoon.

Te denken valt aan de situatie van hoofdelijke aansprakelijkheid van de laedens en een ander jegens de rechtstreeks getroffene. Wanneer die ander de schade van de rechtstreeks getroffene geheel vergoedt, verplaatst de schade, waarvoor de laedens aansprakelijk was, zich naar die ander. Hetzelfde kan zich voordoen in de situatie waarin een verzekeraar op grond van een overeenkomst van schadeverzekering gehouden is om de schade van de rechtstreeks getroffene, waarvoor de laedens aansprakelijk is, te vergoeden.

11 Bloembergen 1965, nr. 172; in dezelfde zin Bloembergen 1992, p. 23.

12 Bloembergen 1965, nr. 169 t/m 171.

In de tweede plaats noemde Bloembergen de situaties waarin iemand, zoals bijvoorbeeld een sommenverzekeraar, aan de rechtstreeks getroffene een voordeel doet toekomen dat, in de woorden van Bloembergen, de strekking heeft om de door de laedens aan de rechtstreeks getroffene toegebrachte schade goed te maken. De schade verplaatst zich dan van de rechtstreeks getroffene naar degene die de uitkering deed. Bloembergen was van oordeel, dat deze situaties van verplaatste schade beheerst worden door hun eigen bijzondere regelingen van regres en subrogatie.¹³

557. Slechts enkele auteurs hebben zich, meestal beknopt, over Bloembergens opvattingen uitgelaten.

Dat het redelijk is of kan zijn om aan degene naar wie de schade zich, in de door Bloembergen bedoelde zin, heeft verplaatst, jegens de laedens een aanspraak op vergoeding te geven, is onderschreven door Brunner,¹⁴ De Bie Leuveling Tjeenk,¹⁵ Du Perron,¹⁶ Frenk en Messer¹⁷ en Van Laarhoven.¹⁸ De Bie Leuveling Tjeenk, Du Perron en Van Laarhoven zijn wel kritisch over de door Bloembergen aangereikte criteria. De Bie Leuveling Tjeenk en Du Perron menen dat de criteria onvoldoende onderscheidend vermogen hebben. Ter onderbouwing wijzen zij op situaties waarvoor de regels van hoofdelijkheidsregres en de verzekeringsrechtelijke subrogatie gelden. Deze onderbouwing van de kritiek is mijns inziens weinig overtuigend. Bloembergen liet zijn theorie nu juist uitdrukkelijk niet op deze situaties zien. De Bie Leuveling Tjeenk heeft verder gewezen op de situatie waarin de schade aan een zaak zich verplaatst naar degene die zich de zaak op niet-rechtmatige wijze toe-eigent. Mijns inziens staat dit los van de problematiek van verplaatste schade; hier ligt een probleem waar de gebruikelijke regels ter zake van de *in pari delicto* verkerende gelaedeerde en schade in een niet-rechtmatig belang op zien.¹⁹ Du Perron heeft met enkele voorbeelden laten zien hoe subtiel de begrenzing bij verplaatste zaakschade ligt, zonder verder tot begrenzingscriteria te komen. Van Laarhoven wees erop dat ook als aan Bloembergens criteria voldaan is, het redelijk kan zijn om de verplaatste schade voor rekening te laten van degene naar wie de schade zich heeft verplaatst. Over de dogmatische constructie van een aanspraak op schadevergoeding bestaan uiteenlopende opvattingen. Brunner bracht deze gedachte, anders dan Bloembergen lijkt voor te hebben gestaan, met behulp van ongeschreven zorgvuldigheidsnormen tot uitdrukking: wanneer door een onrechtmatige daad of een wanprestatie veroorzaakte schade zich naar de gelaedeerde derde verplaatst, kan de laedens jegens die gelaedeerde derde maatschappelijk onbetamelijk handelen. Du Perron meende dat in het geval van door een onrechtmatige daad veroorzaakte verplaatste schade het relativiteitsvereiste gedeeltelijk wordt geschrapt. In het geval waarin door wanprestatie veroorzaakte schade zich verplaatst van de schuldeiser naar een niet-contractspartij, is hij van oordeel dat dit een factor is bij de beoordeling of de schuldenaar jegens deze niet-contractspartij een zorgvuldigheidsnorm heeft geschonden.

13 Bloembergen 1965, nr. 170; Bloembergen 1992, p. 20.

14 Brunner in zijn annotatie bij HR 4 april 2005, *NJ* 2005/445 (*Esso/Alberts en Bartol*).

15 De Bie Leuveling Tjeenk 1997, p. 198.

16 Du Perron 1999, p. 122, 123, 300 en 301.

17 Frenk & Messer 1993, p. 47, 48.

18 Van Laarhoven in haar annotatie bij *Esso/Alberts en Bartol* in *JA* 2005/33.

19 Evenzo heeft de gelaedeerde derde die eigen schuld heeft aan de schade in het algemeen geen aanspraak op vergoeding van de gehele verplaatste schade. Zie hierover nader nr. 636.

558. Opvallend is dat men vergelijkbare gedachten over verplaatste schade ook in het Duitse en Engelse recht aantreft.

Het Duitse recht kent het leerstuk van de *Drittschadensliquidation*. Lange en Schiemann schrijven over deze gevallen: “es [handelt] sich darum, dass der typische Schaden, der im allgemeinen den in seinen Rechten Verletzten selbst trifft, in der Person eines Dritten entsteht.”²⁰ Deze bewoordingen vertonen een opvallende gelijkenis met die van Bloembergen.²¹ De bestaansreden van dit leerstuk is volgens Esser dat uitgaande van de normale regels over aansprakelijkheid nog gevallen overblijven “in denen es unbillig wäre, den Geschädigten nur deshalb leer ausgehen zu lassen, weil er keinen eigenen Anspruch gegen den Schadensurheber besitzt, der Anspruchsberechtigte hingegen keinen Schaden erlitten hat”.²² Op grond van het leerstuk van *Drittschadensliquidation* heeft niet de gelaedeerde derde een eigen aanspraak op de laedens op vergoeding van zijn schade, maar kan de claimgerechtigde van de laedens vergoeding van de schade van de gelaedeerde derde vorderen. Ook hier geldt dat verweermiddelen doorwerken: “[d]er Dritte [de gelaedeerde derde] kann (...) nicht besser gestellt werden, als wenn der Ersatzberechtigte selbst geschädigt worden wäre.”²³ Verder is van belang dat het er voor de toepassing van deze figuur niet toe doet of de laedens ermee rekening kon houden dat de schade zich naar de gelaedeerde derde zou verplaatsen: “Da die Ersatzpflicht (...) im Rahmen des Risikos des Schädigers liegt oder doch dieses Risiko nur unwesentlich erhöht wird, kommt es nicht darauf an, ob der Ersatzpflichtige mit der Schädigung eines Dritten rechnen konnte.”²⁴

In het Engelse recht speelde de problematiek van verplaatste schade aanvankelijk vooral in het volgende casustype. Een verkoper van een zaak geeft aan een vervoerder opdracht om de al verkochte zaak naar de koper te vervoeren. Door wanprestatie van de vervoerder tegenover de verkoper raakt de zaak tijdens het vervoer beschadigd. De koper krijgt daardoor een beschadigde in plaats van een gave zaak en lijdt aldus schade. In dit casustype werd met *The Albazero*²⁵ uiteindelijk vaste jurisprudentie dat de verkoper van de vervoerder ook vergoeding kon vorderen van de schade die door de koper geleden was. Vermelding verdient dat over de vraag of ook de koper aanspraak had op schadevergoeding jegens de vervoerder Goff LJ in *The Aliakmon*²⁶ sprak van het principe van ‘transferred loss’: “There is a recognizable principle underlying the imposition of liability, which can be called the principle of transferred loss. Furthermore, that principle can be formulated. For the purposes of the present case, I would formulate it in the following deliberately narrow terms, while recognizing that it may require modification in the light of experience. Where A owes a duty of care in tort not to cause physical damage to B’s property, and commits a breach of that duty in circumstances in which the loss of or physical damage to the property will ordinarily fall on B but (as is reasonably foreseeable by A) such loss or damage, by reason of a contractual relationship between B and C, falls upon C, then C will be entitled, subject to the terms of any contract restricting A’s liability to B, to bring an action in tort against A

20 Lange & Schiemann 2003, p. 483.

21 Waarschijnlijk lijkt mij dat Bloembergen, wiens dissertatie een niet-onbelangijke rechtsvergelijkende component kent, in het leerstuk van *Drittschadensliquidation* inspiratie heeft gevonden. Bloembergen refereert in zijn dissertatie echter niet aan dit leerstuk.

22 Esser 1970, p. 294. Te bedenken valt hierbij dat in het Duitse recht, afgezien van het leerstuk van *Drittschadensliquidation*, door de figuren van de “*Verträge zugunsten Dritter*” en “*Verträge mit Schutzwirkung zugunsten Dritter*”, tamelijk ruime mogelijkheden bestaan waarmee derden in het geval van wanprestatie aanspraak kunnen maken op schadevergoeding, zie hierover bijvoorbeeld Markesinis, Unberath & Johnston 2006, p. 204 e.v.

23 Lange & Schiemann 2003, p. 483.

24 Lange & Schiemann 2003, p. 483.

25 *Albacruz v. Albazero (The Albazero)* [1977] AC 774.

26 *Leigh and Silavan Ltd. v. Aliakmon Shipping Co. Ltd. (The Aliakmon)* [1986] AC 785.

*in respect of such loss or damage to the extent that it falls on him, C.*²⁷ Waar Bloembergen sprak van ‘doorgaans’, Lange en Schiemann van ‘*im allgemeinen*’, gebruikte Goff LJ hier de term ‘*ordinarily*’. Ook meende Goff LJ dat verweermiddelen van de laedens jegens een claimgerechtigde doorwerken in de relatie met de gelaedeerde derde. Opvallend is dat Goff LJ, blijkens de haakjes wellicht met enige aarzeling, juist wel verlangde dat de verplaatsing van de schade voor de laedens voorzienbaar is. In het Engelse recht is de door Goff LJ voorgestelde weg van de ‘directe actie’ van de gelaedeerde derde in het vervoersrecht niet gevolgd. Wel heeft de in de *The Albazero* aanvaarde mogelijkheid dat de claimgerechtigde vergoeding vordert van de door de gelaedeerde derde geleden schade betrekkelijk recent, buiten het vervoersrecht en buiten situaties van middellijke vertegenwoordiging, een aanzienlijke vlucht genomen.²⁸ Lord Browne-Wilkinson, heeft in één van deze zaken de problematiek pregnant onder woorden gebracht: “*it is said [that] neither of the plaintiffs [de claimgerechtigde noch de gelaedeerde derde] has any right to substantial damages: [de gelaedeerde derde] has incurred damage (...) but has no cause of action; [de claimgerechtigde] has a cause of action but has suffered no loss. If this is right (...) the claim to damages would disappear (...) into some legal black hole, so that the wrongdoer escaped scot-free.*”²⁹ In deze passage, die doet denken aan de hiervoor geciteerde woorden van Esser, zien we de gedachte dat de ‘*claim to damages*’, die kennelijk doorgaans wel zou bestaan, in een ‘*legal black hole*’ dreigt te verdwijnen, waardoor de laedens ‘*scot-free*’ ontsnapt, wat onredelijk wordt geacht. Aldus zien we terug wat Bloembergen een ‘niet te motiveren buitenkansje’ voor de laedens noemt.

Deze blik over de grenzen geef ik om te laten zien dat in het buitenland het verschijnsel van verplaatsing van schade ook is gesignaleerd. Om redenen vergelijkbaar met Bloembergens argumentatie acht men het redelijk dat dergelijke schade vergoed wordt en dat verweermiddelen doorwerken. Ik zal niet in kaart brengen onder welke omstandigheden in de beide rechtstelsels zo’n vergoedingsplicht bestaat. Ondanks de meer uitdrukkelijke erkenning van de figuur van de verplaatste schade in deze stelsels, lijkt het mij namelijk goed denkbaar dat, net zoals in de Nederlandse jurisprudentie,³⁰ in allerlei gevallen op meer verdeckte wijze toepassing aan deze gedachte wordt gegeven.³¹ Om tot verantwoorde conclusies over de werkelijke reikwijdte van deze figuur naar buitenlands recht te komen, zou daarom een omvangrijk en diepgravend onderzoek noodzakelijk zijn, hetgeen in het bestek van dit boek niet mogelijk was.

559. Het probleem van de verplaatste schade laat zich, zoals in het voorgaande bleek, op twee fundamenteel verschillende manieren oplossen. Enerzijds kan men ervoor kiezen om de claimgerechtigde een aanspraak op vergoeding van de

27 Op deze grond werd de vordering van ‘C’ op ‘A’ toegewezen door het Court of Appeal, maar deze beslissing ging onderuit in het House of Lords dat bleef vasthouden aan zijn lijn waarin, in een geval als dit, ‘B’ een aanspraak heeft op ‘A’ tot vergoeding van de schade van ‘C’.

28 Zie hierover de dissertatie van Unberath *Transferred Loss* (2003). In deze jurisprudentie loopt de figuur van de verplaatste schade overigens nogal eens samen met de figuur van de vervangende schadevergoeding.

29 *St Martins Property Corporation Ltd. v. Sir Robert McAlpine & Sons Ltd.* [1994] 1 AC 85.

30 Zie § 15.9.4.

31 Zie bijvoorbeeld Esser 1970, p. 294 en Lange & Schiemann 2003, p. 462 t/m 464 voor het gebruik van andere leerstukken om in het geval van verplaatste schade tot een redelijke uitkomst te geraken.

schade van de gelaedeerde derde tegenover de laedens te geven.³² Op die manier wordt afgeweken van het in het algemeen impliciet gelaten uitgangspunt dat slechts aanspraak bestaat op vergoeding van de door de claimant zelf geleden schade. Relativiteitsproblemen die ontstaan als aan de gelaedeerde derde een aanspraak wordt toegekend, worden op deze wijze evenwel ontlopen. Ook spreekt bij deze constructie vrijwel vanzelf dat de aanspraak van de claimgerechtigde op vergoeding van de door de gelaedeerde derde geleden schade begrensd is door de verweermiddelen die de laedens tegenover de claimgerechtigde heeft. Anderzijds kan ervoor gekozen worden om de gelaedeerde derde tegenover de laedens een aanspraak op schadevergoeding te geven. Die aanspraak ziet dan op de eigen schade van de gelaedeerde derde. Wel rijst dan de vraag hoe deze aanspraak zich verhoudt tot de relativiteit van de onrechtmatige daad en de contractuele relativiteit in het geval van wanprestatie. Ook rijst dan de vraag hoe het doorwerken van verweermiddelen moet worden verklaard. Deze tweede route lijkt mij het meest aan te sluiten bij de in de regelingen van art. 6:107,³³ 6:107a en 6:108 BW en de doorgaans in onze jurisprudentie gevolgde benadering.³⁴ In het navolgende zal ik daarom uitgaan van de tweede route.

15.2.2 *De gebreken van Bloembergens criteria*

560. Bloembergen heeft, voor zover ik kon nagaan, in de Nederlandse literatuur als eerste gewezen op het verschijnsel van verplaatsing van schade en de daaraan te verbinden rechtgevolgen. Bloembergens inzichten acht ik waardevol. Naar ik meen kan echter niet zinvol worden voortgebouwd op de door Bloembergen gegeven definitie van verplaatste schade en de door hem gegeven criteria om te bepalen of de gelaedeerde derde een aanspraak op schadevergoeding dient te hebben. In het navolgende bespreek ik tot welke drie problemen deze definitie en criteria leiden.

Het generaliseringsprobleem

561. Een eerste probleem met Bloembergens criteria is dat zij onvoldoende onderscheidend vermogen hebben. Dit is op zichzelf ook onderkend door De Bie Leuveling Tjeenk en Du Perron.³⁵ Het probleem heeft echter een aanmerkelijk diepere wortel dan deze auteurs zich kennelijk gerealiseerd hebben. Toepassing

32 In ons recht wordt deze route gebruikt in het geval van middellijke vertegenwoordiging: de middellijke vertegenwoordiger kan van zijn wederpartij vergoeding vorderen van de door zijn achterman geleden schade (art. 7:419 BW). De achterman kan deze aanspraak van de middellijke vertegenwoordiger op de wederpartij onder omstandigheden echter door een schriftelijke verklaring aan de wederpartij en vertegenwoordiger aan hemzelf doen overgaan (art. 7:420 BW). De bijzondere aard van deze rechtsverhouding maakt mijns inziens dat het praktisch is om de aanspraken op nakoming en op vergoeding van de door de derde geleden schade in eerste instantie aan de middellijke vertegenwoordiger toe te laten komen, zie ook nr. 698. Verder heeft de Hoge Raad in HR 28 mei 1999, *NJ* 1999/564 m.nt. A.R. Bloembergen (*Johanna Kruidhof*), rov. 3.3.2 uitdrukkelijk deze weg bewandeld. Du Perron 1999, nr. 349, 350 heeft een verband gelegd tussen de verplaatsing van schade in HR 3 mei 1946, *NJ* 1946/323 (*Staat/Degens*) en middellijke vertegenwoordiging; zie nr. 587 hierna.

33 Met dien verstande dat wanneer de derde inspanningen levert voor de verpleging of verzorging van de rechtstreeks getroffen, deze schade onder omstandigheden abstract kan worden begroot en zowel de rechtstreeks getroffen als de derde aanspraak hebben op vergoeding van deze schade door de laedens. Zie hierover nader nr. 575 en 664.

34 Zie daarover nader § 15.3 t/m 15.7.

35 Zie nr. 557.

van deze criteria leidt namelijk, zoals ik nu verder zal bespreken, tot een niet oplosbaar generaliseringsprobleem.

562. In Bloembergens benadering heeft de gelaedeerde derde naar wie de schade is verplaatst aanspraak op vergoeding daarvan wanneer doorgaans, bij normaal-typisch verloop, deze schade door de rechtstreeks getroffen claimgerechtigde wordt geleden en deze tegenover de laedens aanspraak zou hebben op vergoe-ding daarvan. Bloembergens specificeerde daarbij nog nader dat deze verplaatsing het gevolg dient te zijn van min of meer toevallige omstandigheden waar de laedens buiten staat.

Bloembergens betoog laat zich op dit punt op meerdere manieren begrijpen. Mogelijk is dat Bloembergens bedoelde dat bij eenzelfde aansprakelijkheidschepende gebeurtenis doorgaans, bij normaaltypisch verloop, de claimgerechtigde de schade lijdt die in de voorliggende casus voor rekening van de gelaedeerde derde is gekomen. Evenzeer lijkt mogelijk dat Bloembergens bedoelde dat doorgaans, bij normaaltypisch verloop, bij eenzelfde aansprakelijkheidschepende gebeurtenis die tot deze schade lijdt, de schade door de claimgerechtigde wordt geleden. Het verschil is dat in de eerste benadering het ontstaan van schade normaaltypisch dient te zijn, ter-wijl in de tweede benadering normaaltypisch dient te zijn dat de schade, als zij ontstaat, voor rekening van de claimgerechtigde komt. De tweede benadering lijkt mij meer in lijn te zijn met Bloembergens bedoelingen. Ik zal Bloembergens opvattingen daarom op deze manier interprete-ren.

Om te bepalen wat doorgaans, bij normaaltypisch verloop gebeurt, dient van de voorliggende casus geabstraheerd te worden: men beschouwt casus waarin de bijzondere omstandigheden die maken dat de schade zich naar de gelaedeerde derde heeft verplaatst, niet aanwezig zijn. Men kan echter in meerdere of in min-dere mate abstraheren. Het probleem dat zich hierbij voordoet, is dat van de ge-kozen mate van abstractie afhankelijk is of doorgaans, bij normaaltypisch ver-loop, de schade voor rekening van anderen dan de claimgerechtigde komt. Dit laat zich aan de hand van een voorbeeld verduidelijken.

Een caféhouder huurt voor zijn bedrijf een pand. Ten gevolge van een aansprakelijkheidschepende gebeurtenis raakt dit pand door een brand beschadigd. De caféhouder lijdt hierdoor schade omdat hij kosten voor herstel van het pand maakt en omdat hij enige tijd het café niet kan exploi-teren. Een drankleverancier derft winst omdat het café enige tijd gesloten is en daarom minder drank wordt afgenomen.³⁶

Tot uitgangspunt neem ik, dat in deze casus sprake is van een onrechtmatige daad jegens de eigenaar van het pand. Kunnen nu de caféhouder en/of de drankleve-rancier aanvoeren dat zij schade hebben geleden die, doorgaans, bij normaalty-pisch verloop door de eigenaar van het pand wordt geleden en de eigenaar indien de schade door hem zou zijn geleden, aanspraak zou hebben op vergoeding daar-van? Om die vraag te beantwoorden dient geabstraheerd te worden van de voor-liggende casus. De bijzondere omstandigheden die maken dat de schade zich naar de derde heeft verplaatst dienen te worden weggedacht om zo de relevante

36 Dit is een variant op een door Bloembergens 1965, nr. 169 in ander verband gebruikte casus.

normaaltypische situatie in beeld te krijgen. Mogelijk is om te zeggen dat deze casus een geval is van zaaksbeschadiging. In het geval van zaaksbeschadiging zal de eigenaar van de zaak, doorgaans, bij normaaltypisch verloop schade lijden door de mindere waarde van de zaak en/of door het maken van herstelkosten en daarnaast schade lijden doordat de zaak enige tijd niet (normaal) kan worden gebruikt. Men kan zeggen dat deze schade in de casus niet door de eigenaar wordt geleden maar door de caféhouder en de drankleverancier. De caféhouder heeft immers het herstel voor zijn rekening genomen. De winstderving door het niet (normaal) kunnen gebruiken van de zaak is verder bij zowel de caféhouder als de drankleverancier terecht gekomen. Op deze manier is nauwelijks begrensd wie aanspraak kunnen maken op schadevergoeding: ook als bijvoorbeeld de leverancier van de drankleverancier (de importeur) of diens leverancier (de producent) ten gevolge van de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis winst zouden derven, zouden zij kunnen aanvoeren dat dit schade is die ontstaat doordat de zaak vanwege de zaaksbeschadiging enige tijd niet (normaal) kon worden gebruikt en dergelijke schade doorgaans, bij normaaltypisch verloop, door de eigenaar van de zaak wordt geleden.

Mogelijk is ook om minder vergaand te abstraheren. Men kan bijvoorbeeld zeggen dat dit een geval is van beschadiging van een bedrijfsruimte. Nog minder vergaand is om te zeggen dat dit een geval is van beschadiging van een als café in gebruik zijnde bedrijfsruimte. Op deze manier wordt moeilijker om te zeggen dat de schade zoals door de caféhouder en de drankleverancier geleden, doorgaans, bij normaaltypisch verloop door de eigenaar van de bedrijfsruimte wordt geleden. Zo raakt zelfs aan twijfel onderhevig of de gedeerde winst van de caféhouder als verplaatste schade kan gelden. Als namelijk zou blijken dat cafés zich in het algemeen in een verhuurde bedrijfsruimte bevinden, dan zal doorgaans, bij normaaltypisch verloop de eigenaar slechts schade lijden in de vorm van verminderde huuropbrengsten. Dergelijke schade is door de caféhouder niet geleden; de door de caféhouder gedeerde winst is dan geen verplaatste schade.

Uit het voorgaande volgt dat van de gekozen mate van generalisatie afhangt of men kan zeggen dat de door een gelaedeerde derde geleden schade doorgaans, bij normaaltypisch verloop, door de claimgerechtigde wordt geleden. Onduidelijk is wat de juiste wijze is om van de voorliggende casus te abstraheren. Om deze reden is het mijns inziens niet zinvol om als criterium te hanteren hetgeen doorgaans, bij normaaltypisch verloop, gebeurt. Het gebruik van dit criterium werkt bovendien in de hand dat, om een gewenste uitkomst te bereiken, voor een bepaalde mate van abstrahering wordt gekozen en op die manier de werkelijke redenen waarom redelijk wordt geacht om de gelaedeerde derde wel of geen aanspraak op schadevergoeding te geven, worden verhuld. Dit generaliseringsprobleem en de mogelijkheid om daarmee de werkelijke argumenten te verhullen, doen sterk denken aan de in § 4.3.2 behandelde problematiek bij toepassing van het criterium of de schade zoals geleden waarschijnlijk en/of voorzienbaar is.

563. Bloembergen gaf in zijn argumentatie nog een nadere specificatie van de situatie: de schade heeft zich verplaatst door min of meer toevallige omstandigheden, waar de laedens buiten staat. Ook deze nadere criteria geven mijns inziens niet het gewenste houvast. Te betwijfelen valt daarbij of het noodzakelijk is dat

de verplaatsing het gevolg is van toevallige omstandigheden. Wat toevallig is, hangt bovendien ook af van de veronderstelde kennis over de situatie.

Zo kan men zich in de in nr. 547 besproken casus waarin door een onrechtmatige daad een verhuurd pand beschadigd raakte, bijvoorbeeld afvragen hoe 'toevallig' het is dat een huurder bepaald noodzakelijk herstel laat uitvoeren. Evenzo kan men zich in de casus met de verkoper die zijn leveringsverplichting niet nakomt tegenover de aannemer, afvragen hoe 'toevallig' het is dat de aannemer de hogere kosten van het elders betrokken bouw materiaal aan de opdrachtgever doorbelast.

De voorwaarde dat de schade zich heeft verplaatst door omstandigheden waar de laedens buiten staat, is mijns inziens verder geen criterium, maar een slotsom: de vraag blijft waarom en wanneer men kan zeggen dat zo'n verplaatsing de laedens niet aangaat.

564. In de in § 15.2.3 te bespreken regelingen van art. 6:107, 6:107a en 6:108 BW van verplaatste schade bij letsel en/of overlijden, wordt overigens ook niet gewerkt met het criterium van hetgeen doorgaans, bij normaaltypisch verloop, gebeurt en of de verplaatsing het gevolg is van min of meer toevallige omstandigheden waar de laedens buiten staat. In § 15.2.3 zal ik nader illustreren dat ook voor deze gevallen Bloembergens criteria onbruikbaar zouden zijn.

565. Op grond van het voorgaande is het nodig om een andere definitie van verplaatste schade te hanteren en voorwaarden te specificeren waaronder een gelaedeerde derde tegenover de laedens aanspraak dient te hebben op vergoeding van dergelijke schade.

Eenzijdige benadering van de problematiek

566. Een tweede probleem met Bloembergens criteria is dat de problematiek daarmee eenzijdig benaderd wordt. Bloembergens cruciale redelijkheidsargumentatie is gebaseerd op het vergelijken van de situatie waarin de schade voor rekening van de gelaedeerde derde is gekomen, met een situatie waarin de laedens met dezelfde onrechtmatige daad dezelfde schade aan een ander toebrengt en dan tot vergoeding daarvan gehouden is. Mijns inziens is dit een waardevolle en rationele methode bij het bepalen van wat redelijk is; in dit boek heeft deze vergelijkingsmethode meer in het algemeen een centrale rol.³⁷ Een evenwichtige benadering vereist echter dat niet alleen wordt vergeleken met één of meer situaties waarin dezelfde schade op eenzelfde wijze veroorzaakt wordt en wél vergoed dient te worden, maar ook met één of meer situaties waarin de gelaedeerde derde op eenzelfde wijze dezelfde schade lijdt en geaccepteerd is dat die schade voor diens rekening blijft.³⁸ Zo'n vergelijking kan uitwijzen dat, ondanks dat aan Bloembergens criteria is voldaan, het niet redelijk zou zijn om de gelaedeerde

37 Zie § 7.2.3.

38 De in hoofdstuk 8 t/m 11 behandelde grenzen aan aansprakelijkheid zijn gebaseerd op het gegeven dat geaccepteerd is dat dezelfde schade op eenzelfde wijze rechtmatig kan worden toegebracht. Deze dubbele vergelijking is ook de kern van de rechtsvindingsmethode van Wiarda, waarover nader hoofdstuk 12.

derde een aanspraak op vergoeding van de verplaatste schade te geven. Ook dit laat zich aan de hand van een voorbeeld illustreren.

Een oliemaatschappij was op grond van een overeenkomst met een exploitant van een benzinstation gehouden om de grond waarop het benzinstation gevestigd was, bij het einde van de exploitatie van het benzinstation te saneren. Na de beëindiging van de exploitatie laat de oliemaatschappij na om aan deze verplichting uitvoering te geven. De inmiddels voormalig exploitant van het benzinstation, die het perceel in eigendom had en die niet bekend was met de verontreiniging ervan, verkocht het perceel enkele jaren later. Het perceel werd verkocht zoals gezien, aansprakelijkheid van de verkoper werd uitdrukkelijk uitgesloten. Eerst geruime tijd na de levering blijkt de koper de verborgen verontreiniging. Heeft de koper een rechtstreekse aanspraak tegenover de oliemaatschappij, die tegenover de voormalig exploitant tot het saneren van de grond gehouden was?

In deze casus kan men zeggen dat schade die doorgaans, bij normaaltypisch verloop door de eigenaar van de zaak wordt geleden, nu door min of meer toevallige omstandigheden voor rekening van de koper is gekomen. De Hoge Raad heeft in *Esso/Alberts en Bartol*³⁹ geoordeeld dat de koper in beginsel niet de oliemaatschappij tot vergoeding van schade kan aanspreken. Die uitkomst laat zich onder meer rechtvaardigen door te bedenken dat een koper van een perceel of een andere zaak normaliter ook dit soort schade kan lijden indien de koper onvoldoende onderzoek doet naar de te kopen zaak en niettemin instemt met een uitsluiting van aansprakelijkheid van de verkoper. Normaliter wordt dan aanvaardbaar geacht dat de schade, geleden door het achteraf tegenvallen van het gekochte, voor rekening van de koper blijft.

Naar mijn mening dienen de gevallen waarin de gelaedeerde derde op eenzelfde wijze dezelfde schade lijdt en geaccepteerd is dat die schade voor diens rekening blijft, steeds ook in de beoordeling betrokken te worden. Anders is de benadering onevenwichtig en wordt in te veel gevallen tot de conclusie gekomen dat sprake is van verplaatste schade die voor vergoeding in aanmerking dient te komen.

De voorwaarde dat de schade 'van aanvang af' door de gelaedeerde derde wordt geleden

567. Een derde probleem met Bloembergens criteria ligt besloten in de voorwaarde dat de schade 'van aanvang af' door de gelaedeerde derde wordt geleden. Deze voorwaarde leidt tot een te scherpe begrenzing van aansprakelijkheid en is betrekkelijk willekeurig. Of de schade van aanvang af door de gelaedeerde derde wordt geleden, is namelijk onder meer een kwestie van techniek van schadebegroting. Soms laat de schade van de claimgerechtigde zich abstract begroten met als gevolg dat deze persoon dadelijk vanaf het moment waarop de onrechtmatige daad of de wanprestatie werd gepleegd schade heeft geleden, terwijl nog geen sprake is van concrete schade.⁴⁰ Wanneer de concrete schade op een later moment

39 HR 4 april 2005, NJ 2005/445 m.nt. C.J.H. Brunner (*Esso/Alberts en Bartol*). Dit arrest bespreek ik in § 15.7.

40 Op de vraag onder welke omstandigheden deze abstracte schadebegroting door de claimgerechtigde mogelijk is en wat dat betekent voor de aanspraak van de gelaedeerde derde die de concrete schade lijdt wordt in § 15.8.4 nader ingegaan.

door de gelaedeerde derde wordt geleden, kan men niet zeggen dat de schade van aanvang af door de gelaedeerde derde is geleden.

Dit doet zich voor in de in nr. 547 besproken zaak *Friesland/Salverda*:⁴¹ door de onrechtmatige beschadiging van het gehuurde leed de eigenaar dadelijk schade die kan worden begroot op de waardevermindering van het gehuurde dan wel de naar objectieve maatstaven te bepalen herstelkosten.⁴² De eigenaar maakte echter geen herstelkosten en leed aldus geen concrete schade. De huurder maakte die herstelkosten wel, en leed daardoor concrete schade.

Toepassing van de ‘van aanvang af’-begrenzing maakt dat in *Friesland/Salverda*, anders dan de Hoge Raad oordeelde, de huurder geen aanspraak heeft op schadevergoeding. Bloembergen ziet bovendien, terwijl dat naar ik meen niet goed met zijn ‘van aanvang af’-begrenzing is te rijmen, deze zaak als schoolvoorbeeld van een kwestie van verplaatste schade.⁴³

568. Ik vermoed dat Bloembergen het ‘van aanvang af’-criterium heeft gegeven om te voorkomen dat zijn betoog over verplaatste schade ook zou zien op situaties waarin de gelaedeerde derde een hoofdelijk medeschuldenaar van de laedens is of een verzekeraar van degene die de laedens zou kunnen aanspreken. In deze situaties is toepassing van de figuur van de verplaatste schade niet wenselijk, omdat de bijzondere regeling voor hoofdelijke schuldenaren, de subrogatie bij schadeverzekering of de afwezigheid van subrogatie bij sommenverzekering beslissend dient te zijn.⁴⁴ De ‘van aanvang af’-beperking kan mijns inziens beter vervangen worden door een voorrangregeling. In § 15.8.6 werk ik dit uit. Zo’n voorrangregeling is bovendien nodig, omdat ook andere regelingen, onder meer de regelingen van art. 6:107, 6:107a en 6:108 BW en de regeling van schadevergoeding bij middellijke vertegenwoordiging (art. 7:419 BW), exclusieve werking dienen te hebben ten opzichte van de algemene figuur van de verplaatste schade.

15.2.3 De wetgever en verplaatste schade

Inleiding

569. Indien door een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis aan een persoon lichamelijk of geestelijk letsel wordt toegebracht, eventueel met overlijden tot gevolg, kunnen ook derden ten gevolge daarvan schade lijden. Art. 6:107, 6:107a en 6:108 BW bepalen onder welke omstandigheden zo’n gelaedeerde derde de laedens kan aanspreken tot vergoeding daarvan. In deze regelingen speelt de gedachte van verplaatste schade een essentiële rol. De gedachte van verplaatste schade is voorts wezenlijk in de, aanmerkelijk minder belangrijke, regeling van art. 6:184 lid 2 BW. Op grond van deze regeling heeft degene die kosten maakt voor het voorkomen of het beperken van schade, nadat een ernstige dreiging is

41 HR 4 maart 1955, *NJ* 1955/301 (*Friesland/Salverda*).

42 Naar vaste rechtspraak van de Hoge Raad, zie onder meer HR 26 oktober 2012, *NJ* 2013/219 m.nt. M.M. Mendel (*Reaal/Athlon*) en HR 10 februari 2017, *NJ* 2017/134 m.nt. S.D. Lindenbergh (*Donata/New India Assurance*).

43 Bloembergen 1965, nr. 186. Bloembergen verklaart niet hoe zijn ‘van aanvang af’-criterium en *Friesland/Salverda* met elkaar zijn te rijmen.

44 Zie § 15.8.6.

ontstaan dat schade zal worden veroorzaakt door een zaak of een dier waarvoor de laedens kwalitatief aansprakelijk is, tegenover de laedens recht op vergoeding daarvan. Ik bespreek hierna eerst de regelingen van art. 6:107, 6:107a en 6:108 BW en de rol van verplaatste schade hierin en vervolgens zal ik enige aandacht besteden aan de regeling van art. 6:184 BW.

Als bijzondere regelingen van verplaatste schade kan men ook zien de regeling van regres en subrogatie bij hoofdelijke aansprakelijkheid (art. 6:10 en 6:12 BW), de verzekeringsrechtelijke subrogatie (art. 7:962 BW) en de schadevergoedingsregeling in het geval van middellijke vertegenwoordiging (art. 7:419 e.v.). Deze regelingen bespreek ik in § 15.8.6. De gewone subrogatieregeling van art. 6:150 BW zal, vanwege de daarin gestelde voorwaarden, doorgaans niet van toepassing zijn indien een derde de schade van de claimgerechtigde vergoedt.

Aanspraken van gelaedeerde derden in het geval van personenschade

570. Op zichzelf zou het mogelijk zijn geweest aan de rechterlijke rechtsvorming over te laten wie in het geval van door een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis toegebracht lichamelijk of geestelijk letsel, naast de rechtstreeks getroffen aanspraak op vergoeding van bepaalde veroorzaakte schade heeft. De kaders van de relativiteitsleer, de schadetoerekening en de aanvullende werking van zorgvuldigheidsnormen zouden op die manier nader ingevuld kunnen worden. De wetgever heeft uiteindelijk echter gemeend dat dan onwenselijk grote rechtsonzekerheid zou ontstaan.⁴⁵ In art. 6:107, 6:107a en 6:108 BW heeft de wetgever daarom neergelegd onder welke voorwaarden gelaedeerde derden aanspraak hebben op vergoeding van hun schade in het geval van letsel en/of overlijden van een persoon ten gevolge van een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis. Opvallend is dat de wetgever in het bestaan van rechtsonzekerheid ter zake van de vraag welke gelaedeerde derden aanspraak hebben op vergoeding van schade in een geval waarin een zaak van de claimgerechtigde wordt beschadigd of aan de claimgerechtigde zuivere vermogensschade wordt toegebracht, kennelijk geen aanleiding heeft gezien om hiervoor een regeling te creëren.

571. In de regelingen van art. 6:107, 6:107a en 6:108 BW is de aanspraak van de gelaedeerde derde afgeleid van de aanspraak op schadevergoeding van de claimgerechtigde. De grondslag voor de verplichting van de laedens tot schadevergoeding aan de gelaedeerde derde is aldus de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis die de laedens jegens de claimgerechtigde aansprakelijk maakt. Niet nodig is dat de laedens jegens de gelaedeerde derde onrechtmatig heeft gehandeld of

45 In het burgerlijk wetboek van 1838 beperkten art. 1406 en 1407 (oud) BW rigoureuus de mogelijkheden van derden om aanspraak te maken op vergoeding van de door hen geleden schade die ontstond doordat met een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis letsel aan een ander is toegebracht of die ander is komen te overlijden. In het driemanschapontwerp heeft men deze bepalingen laten vervallen. Het driemanschap meende dat de problematiek zich goed in met name de relativiteitsleer en het vereiste waarschijnlijkheidsverband liet oplossen (Parl. Gesch. Boek 6, p. 607, 608). Alleen een ontwerp was opgenomen voor wat art. 6:108 BW geworden is (art. 6.1.9.12 O.M.). Eerst bij het ontwerp van de Invoeringswet Boeken 3-6 is men tot de opvatting gekomen dat zo onwenselijk grote rechtsonzekerheid zou ontstaan (Parl. Gesch. Inv. Boek 6, p. 1279. Zie hierover ook Asser/Sieburgh 6-II 2017, nr. 153.

wanprestatie heeft gepleegd.⁴⁶ Omdat de bepalingen zijn opgenomen in de algemene afdeling over de wettelijke verbintenis tot schadevergoeding, gelden zij zowel in het geval van aansprakelijkheid wegens onrechtmatige daad, als in het geval van aansprakelijkheid wegens een bepaalde kwaliteit als in het geval van aansprakelijkheid wegens wanprestatie.⁴⁷ In dit laatste geval leiden de regelingen tot de bijzonderheid dat een derde die geen partij is bij de overeenkomst waaruit de geschonden verplichting voortvloeit, op grond van de wanprestatie jegens de schuldeiser – en dus niet op grond van bijvoorbeeld een jegens hem geschonden zorgvuldigheidsnorm – aanspraak op schadevergoeding tegenover de schuldenaar kan hebben. Deze regelingen zijn limitatief en derogeren in beginsel aan het overige aansprakelijkheidsrecht.⁴⁸ De regelingen en de rol van verplaatste schade daarin zal ik nu achtereenvolgens voor de drie artikelen bespreken. Per 1 januari 2019 zijn deze bepalingen overigens uitgebreid en regelen zij ook de aanspraak op vergoeding van immateriële schade van derden. Ik laat dit hier buiten beschouwing.

Art. 6:107 BW

572. Art. 6:107 lid 1 onder a BW bepaalt dat een gelaedeerde derde jegens de laedens aanspraak heeft op vergoeding van

“de kosten die [hij] anders dan krachtens een verzekering ten behoeve van de gekwetste heeft gemaakt en die deze laatste, zo hij ze zelf zou hebben gemaakt, van [de laedens] had kunnen vorderen.”

De laedens kan zich, krachtens het vijfde lid van deze bepaling, tegenover de gelaedeerde derde verweren met dezelfde verweren die hem jegens de claimgerechtigde gekwetste ten dienste zouden hebben gestaan.

In de nota van wijziging wordt bij dit artikel toegelicht:

“[H]et [gaat] om een verplaatsing van de schade die de aansprakelijkheid van de schuldenaar in haar totaliteit niet verhoogt en het voordeel heeft dat derden zich van hun bereidheid deze kosten te maken niet behoeven te laten weerhouden door de omstandigheid dat zij de kosten niet en de gekwetste ze wel terug zou kunnen vorderen.”⁴⁹

Het eerste artikellid kan bijvoorbeeld worden toegepast wanneer een gelaedeerde derde kosten maakt voor herstel, verpleging of verzorging van de claimgerechtigde gekwetste of voor het van de claimgerechtigde gekwetste overnemen van huishoudelijke arbeid. De term ‘kosten’ uit art. 6:107 lid 1 onder a BW wordt ruim begrepen: door derden gepleegde inspanningen vallen hier ook onder. De door een derde door het plegen van bepaalde inspanningen ten behoeve van de claimgerechtigde gekwetste kan onder omstandigheden abstract worden begroot

46 In het eerste ontwerp voor art. 6:107 BW, dat ook de voorloper was voor art. 6:107a BW, was dat overigens niet het geval, zie Parl. Gesch. Inv. Boek 6, p. 1277, 1278 en 1280. Zie voor art. 6:108 BW, Parl. Gesch. Boek 6, p. 393.

47 Parl. Gesch. Inv. Boek 6, p. 1280. In deze zin ook Asser/Sieburgh 6-II 2017, nr. 154.

48 Parl. Gesch. Inv. Boek 6, p. 1279.

49 Parl. Gesch. Inv. Boek 6, p. 1288.

met als maximum de anders voor professionele zorg of hulp te maken kosten.⁵⁰ Verder kan gedacht worden aan kosten van derden voor het bezoeken van de claimgerechtigde gekwetste en kosten voor maatregelen om de claimgerechtigde gekwetste zijn gebruikelijke levenspatroon zoveel mogelijk te laten volgen.⁵¹

573. In het kader van dit hoofdstuk is wezenlijk de wijze waarop de aanspraken van gelaedeerde derden in deze regeling zijn begrensd. Voorop staat in art. 6:107 BW de voorwaarde dat de claimgerechtigde gekwetste vergoeding van de kosten van de laedens moet hebben kunnen vorderen indien de gekwetste de kosten zelf zou hebben gemaakt. In deze voorwaarde weerklinkt de gedachte van verplaatste schade: de aanspraak van de gelaedeerde derde op schadevergoeding wordt erdoor gerechtvaardigd dat de claimgerechtigde gekwetste aanspraak zou hebben gehad op schadevergoeding indien de schade voor zijn rekening zou zijn gekomen. Opmerking verdient dat deze voorwaarde aanmerkelijk soepeler is dan Bloembergens criterium dat het moet gaan om schade die doorgaans, bij normaaltypisch verloop, door de claimgerechtigde geleden wordt.

De wetgever heeft geen toelichting gegeven bij het door hem gehanteerde criterium. Bloembergens criterium zou ook hier tot generaliseringsproblemen leiden.⁵² Wanneer bijvoorbeeld ouders kosten zouden maken voor de verpleging en verzorging van hun gelaedeerde kind, zou men kunnen zeggen dat degene aan wie letsel wordt toegebracht, doorgaans, bij normaaltypisch verloop, kosten zal hebben voor verpleging en verzorging, en die kosten nu naar de ouders zijn verplaatst. Men abstraheert dan naar de situatie waarin een persoon door een aansprakelijkheidschepende gebeurtenis letsel is toegebracht. Maar men zou ook minder vergaand kunnen abstraheren en de vraag kunnen stellen of een minderjarig kind aan wie letsel wordt toegebracht, doorgaans, bij normaaltypisch verloop, kosten zal hebben voor verpleging en verzorging. Bij deze minder vergaande generalisering ligt een ontkennend antwoord op die vraag voor de hand. Bloembergens criterium is ook hier dus niet behulpzaam bij het vinden van een redelijke begrenzing van aanspraken van derden.⁵³

Om tot de gewenste begrenzing te komen, is het verplaatsingscriterium in art. 6:107 BW gecombineerd met enkele andere criteria. Allereerst is er de beperking tot gemaakte kosten. Gederfde inkomsten, bijvoorbeeld van een ouder die

50 Zie bijvoorbeeld HR 28 mei 1999, *NJ* 1999/564 m.nt. A.R. Bloembergen (*Johanna Kruidhof*) en HR 5 december 2008, *NJ* 2009/387 m.nt. J.B.M. Vranken (*Rijnstate/Reuvers*).

51 Zie nader: Lindenbergh & Van der Zalm 2015, p. 23 v/m 30. Deze auteurs wijzen er terecht op dat ten aanzien van bezoekkosten minder goed voorstelbaar is dat zij in de praktijk door de claimgerechtigde gekwetste worden gemaakt.

52 Zie nr. 561.

53 Overigens heeft de Hoge Raad voor het antwoord op de vraag of de claimgerechtigde gekwetste of de derde aanspraak heeft op vergoeding van nadeel bestaande uit door de derde geleverde inspanningen voor de verpleging en verzorging van de claimgerechtigde gekwetste – in navolging van Bloembergen in zijn annotatie bij HR 28 mei 1999, *NJ* 1999/564 (*Johanna Kruidhof*), § 10 – beslissend gemaakt of het inschakelen van professionele hulp ‘normaal en gebruikelijk’ is, zie HR 6 juni 2003, *NJ* 2003/504 m.nt. J.B.M. Vranken (*Krüter-van de Pol/Wilton-Fijenoord*), rov. 3.4 en HR 5 december 2008, *NJ* 2009/387 m.nt. J.B.M. Vranken (*Rijnstate/Reuvers*), rov. 3.4 en 3.5.1. Aldus wordt, evenals Bloembergen voor ogen had, het ‘normale’ beslissend gemaakt. In de literatuur wordt het door de Hoge Raad gehanteerde criterium vrij algemeen bekritiseerd. Vranken schreef in zijn annotatie bij *Krüter-van de Pol/Wilton-Fijenoord* dat dit criterium “feitelijk vrijwel nooit vervuld [kan] worden” en “daarmee niet reëel [is]”. Vranken bepleitte in plaats daarvan een redelijkheidstoets te hanteren. Een vergelijkbare opvatting treft men aan bij Du Perron 2003, p. 136; Hartlief 2004, p. 1835; Lindenbergh 2006b, p. 107 e.v.; en Rijnhout 2012, p. 101 e.v. Overigens is het door de Hoge Raad gehanteerde criterium hier niet alleen van belang in verband met de verplaatsing van de schade, maar ook voor het antwoord op de vraag of het leveren van inspanningen voor verpleging of verzorging überhaupt geldt als door het vermogensrecht erkende schade.

een baan opzegt om voor een kind te zorgen, lijken gelet op deze grens niet in aanmerking te komen voor zover deze de kosten van professionele hulp zouden overstijgen.⁵⁴ In de beperking tot gemaakte kosten zou tevens de voorwaarde besloten kunnen liggen dat de kosten reeds zijn gemaakt, zodat in de toekomst nog te maken kosten niet vergoed behoeven te worden voordat deze gemaakt zijn. Voor een dergelijke beperking valt te zeggen dat het onwenselijk zou zijn indien een derde schadevergoeding zou kunnen vorderen vanwege in de toekomst aan de claimgerechtigde gekwetste te verlenen zorg, terwijl niet uitgesloten is dat de claimgerechtigde gekwetste in de toekomst voor deze zorg op een ander aangewezen zal zijn.⁵⁵ Verder geldt als voorwaarde dat de kosten zijn gemaakt ten behoeve van de claimgerechtigde gekwetste. In de belangrijkste gevallen zal het hierbij gaan om kosten voor herstel, verpleging en verzorging en daarmee om kosten van schadebeperking. Art. 6:96 lid 2 onder a BW brengt dan de beperking mee dat de claimgerechtigde gekwetste, en daarmee ook de derde, alleen aanspraak heeft op vergoeding daarvan als de kosten de dubbele redelijkheidstoets kunnen doorstaan.⁵⁶ De mogelijkheid om gepleegde inspanningen abstract te begroten op maximaal de kosten van professionele zorg of hulp is verder beperkt tot de gevallen waarin het inschakelen van professionele zorg of hulp normaal en gebruikelijk is.⁵⁷ Kosten die krachtens een verzekering ten behoeve van de claimgerechtigde zijn gemaakt, zijn verder uitgesloten. Naar voor de hand ligt, moet in deze gevallen de al dan niet bestaande subrogatieregeling uitkomst bieden.

574. Tot slot geldt bij de toepassing van art. 6:107 BW de bijzonderheid dat indien de derde inspanningen verricht voor herstel, verpleging of verzorging van de claimgerechtigde, en deze voor vergoeding in aanmerking komen, zowel de claimgerechtigde als de gelaedeerde derde aanspraak kan maken op vergoeding daarvan.

Onder het oude recht had de Hoge Raad in *Johanna Kruidhof*⁵⁸ geoordeeld dat de claimgerechtigde aanspraak heeft op vergoeding van deze kosten. In de zaak *Rijnstate/Reuvers*⁵⁹ werd in lijn daarmee onder het huidige recht door de claimgerechtigde vergoeding van deze kosten gevorderd ofschoon naar de tekst van art. 6:107 BW deze aanspraak aan de gelaedeerde derde toekwam. De Hoge Raad heeft toen geoordeeld dat zowel de claimgerechtigde als de gelaedeerde derde aanspraak heeft op volledige vergoeding van deze kosten, met dien verstande dat als de laedens aan een van beiden betaalt hij ook tegenover de ander van zijn verplichting is bevrijd.

54 In die zin ook Vranken in zijn annotatie bij HR 5 december 2008, *NJ* 2009/387 (*Rijnstate/Reuvers*), § 7 en zie ook, in kritische zin hierover, Lindenbergh & Van der Zalm 2015, p. 26. Onder het oude recht golden deze kosten als plafond, zie HR 28 mei 1999, *NJ* 1999/564 m.nt. A.R. Bloembergen (*Johanna Kruidhof*).

55 Vgl. Lindenbergh & Van der Zalm 2015, p. 29. Dit probleem acht ik overigens ook oplosbaar in het kader van de vraag of de in de toekomst door de gelaedeerde derde te lijden schade wel voldoende zeker is om als voor vergoeding in aanmerking komende schade te gelden.

56 Lindenbergh & Van der Zalm 2015, p. 24.

57 HR 6 juni 2003, *NJ* 2003/504 m.nt. J.B.M. Vranken (*Krüter-van de Pol/Wilton-Fijenoord*), rov. 3.4.

58 HR 28 mei 1999, *NJ* 1999/564 m.nt. A.R. Bloembergen (*Johanna Kruidhof*), rov. 3.3.2.

59 HR 5 december 2008, *NJ* 2009/387 m.nt. J.B.M. Vranken (*Rijnstate/Reuvers*), rov. 3.7.

Art. 6:107a BW

575. Art. 6:107a BW ziet op de situatie waarin door een aansprakelijkheidschepende gebeurtenis de claimgerechtigde lichamelijk of geestelijk letsel oploopt en de werkgever krachtens een arbeidsovereenkomst gehouden is tijdens een periode van ziekte of arbeidsongeschiktheid loon door te betalen (art. 7:629 BW).⁶⁰ Op grond van het tweede artikellid heeft de werkgever jegens de laedens

“(...) recht op schadevergoeding ten bedrage van het door hem betaalde loon, doch ten hoogste tot het bedrag, waarvoor de aansprakelijke persoon, bij het ontbreken van de loondoorbetalingsverplichting aansprakelijk zou zijn, verminderd met een bedrag, gelijk aan dat van de schadevergoeding tot betaling waarvan de aansprakelijke persoon jegens de gekwetste is gehouden.”

Ook deze bepaling is een duidelijke toepassing van de gedachte van verplaatste schade. De schade door het door de aansprakelijkheidschepende gebeurtenis tijdelijk of permanent veroorzaakte verlies aan arbeidsvermogen van de gelaedeerde werknemer, komt door de aanwezige arbeidsovereenkomst ten dele voor rekening van de werkgever. Het impliciete vertrekpunt van de regeling is dat wanneer de werknemer door dit verlies aan arbeidsvermogen schade zou lijden, die schade door de laedens zou dienen te worden vergoed. Tevens geldt op grond van deze bepaling dat de aanspraak van de werkgever tegenover de laedens is beperkt tot hetgeen de werknemer, indien de loondoorbetalingsverplichting van de werkgever zou ontbreken, aan gederfd loon van de laedens had kunnen vorderen.

Ook in deze regeling wordt Bloemberg's criterium dat doorgaans, bij normaaltypisch verloop, de schade voor rekening van de claimgerechtigde komt, om voor de hand liggende redenen niet gehanteerd. Net als bij art. 6:107 BW zou dat criterium namelijk tot aanzienlijke moeilijkheden leiden. Waar men aanneemt dat relatief veel personen in Nederland in dienstbetrekking werkzaam zijn, wordt het minder eenvoudig om te zeggen dat de schade door het verlies aan arbeidsvermogen doorgaans, bij normaaltypisch verloop, door de claimgerechtigde zelf wordt geleden. Ook valt dan niet goed meer van verplaatsing van schade naar de werkgever vanwege min of meer toevallige omstandigheden te spreken.

576. Op grond van art. 6:107a lid 3 BW geldt verder het in lid 2 bepaalde ten aanzien van het door de werkgever doorbetaalde loon, ook voor de door de werkgever gemaakte redelijke kosten ter nakoming van zijn in art. 7:658a BW neergelegde verplichting tot, kort gezegd, re-integratie van de herstelde gelaedeerde werknemer. Ook hier is mijns inziens sprake van een toepassing van de gedachte van verplaatste schade. Indien namelijk de gelaedeerde werknemer zelf kosten zou moeten maken om na zijn herstel zijn arbeidsvermogen weer in te zetten, zou mijns inziens niet aan twijfel onderhevig zijn dat deze werknemer in beginsel aanspraak heeft op vergoeding van die kosten. Het zijn deze kosten die zich door art. 7:658a BW hebben verplaatst naar de werkgever.

60 De aanleiding voor de invoering van art. 6:107a BW was mede gelegen in de uitbreiding van de loondoorbetalingsverplichting van de werkgever, zie *Kamerstukken II* 1994/95, 24 326, nr. 3, p. 8 en *Kamerstukken II* 1995/96, 24 439, nr. 3, p. 12, 13.

577. De regeling van art. 6:107a BW beperkt de aanspraak van de werkgever tot gemaakte kosten. Gederfde inkomsten van de werkgever komen niet voor vergoeding in aanmerking. Mogelijk is dat de werkgever niet alleen kosten maakt, maar ook inkomsten derft omdat door het niet kunnen inzetten van de werknemer zijn bedrijfsproces minder winstgevend is. In de memorie van toelichting wordt bij de beperking tot gemaakte kosten toegelicht dat vanuit praktisch oogpunt ernstig bezwaar bestaat tegen het aannemen van een verplichting tot vergoeding van de werkelijk door de werkgever geleden schade. Niet is volgens de memorie van toelichting te voorzien tot vergoeding van welke bedragen dat zal leiden. Volgens de memorie van toelichting is duidelijk dat dit ook verder gaat dan verplaatste schade. Tegelijkertijd moet volgens de memorie van toelichting bedacht worden dat bedrijven veelal tot vervanging van de werknemer in staat moeten zijn.⁶¹

578. Ook als de claimgerechtigde geen werknemer is, kan hij in de professionele sfeer zijn arbeidsvermogen hebben ingezet ten gunste van een derde: bijvoorbeeld door middel van een overeenkomst van opdracht, als maat in een maatschap of als betrokkene in een vennootschap. Of in deze gevallen degene ten behoeve van wie de claimgerechtigde zijn arbeidsvermogen inzette aanspraak heeft op schadevergoeding tegenover de laedens, zal mijns inziens ervan afhangen of sprake is van gemaakte kosten in de zin van art. 6:107 lid 1 onder a BW.⁶²

Art. 6:108 BW

579. Art. 6:108 BW regelt tot slot de aanspraken van gelaedeerde derden in het geval waarin iemand ten gevolge van een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis overlijdt. Het eerste lid van dit artikel bepaalt dat na zo'n overlijden, kort gezegd, naasten van diegene in wier levensonderhoud de overledene voorzag, aanspraak hebben op vergoeding van gederfd levensonderhoud. Krachtens het vijfde lid van het artikel geldt dat de laedens tegenover de gelaedeerde derde een beroep kan doen op de verweren die hem ook in zijn relatie tot de rechtstreeks getroffen ten dienste zouden staan.

Ook in deze regeling is de figuur van de verplaatste schade herkenbaar. De rechtstreeks getroffen voorzag in het levensonderhoud van de in het artikel bedoelde naaste(n) door gebruik te maken van zijn arbeidsvermogen, maar na zijn overlijden zal hij dat niet langer kunnen doen. Een deel van de door de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis veroorzaakte schade, namelijk de door het verlies van arbeidsvermogen door de rechtstreeks getroffen gederfde inkomsten voor zover zij werden ingezet om in het levensonderhoud van bedoelde naaste(n) te kunnen voorzien, verplaatst om deze reden naar bedoelde naaste(n). Het is inzichtelijk om deze situatie van het overlijden van de rechtstreeks getroffen te vergelijken met de situatie waarin de rechtstreeks getroffen door een aansprake-

61 Parl. Gesch. Inv. Boek 6, p. 1281 (M.v.T. Inv.).

62 In het eerste ontwerp voor art. 6:107 BW kon de maatschap, vennootschap onder firma, rederij of besloten vennootschap wel aanspraak maken op vergoeding van schade geleden door met een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis aan een maat, vennoot, mede-eigenaar of bestuurder-aandeelhouder toegebracht lichamelijk of geestelijk letsel, met dien verstande dat nog wel vast diende te komen vast te staan dat jegens deze gelaedeerde derde een grond voor aansprakelijkheid bestond; zie Parl. Gesch. Inv. Boek 6, p. 1278 (O. Inv.).

lijkheidscheppende gebeurtenis letsel oploopt zonder te overlijden, maar hij wel zijn arbeidsvermogen tijdelijk of blijvend vanwege het letsel niet kan inzetten of verliest. De rechtstreeks getroffene zou dan tegenover de laedens in beginsel aanspraak op vergoeding van hierdoor gemiste inkomsten hebben. Indien de rechtstreeks getroffene deze vergoeding zou verkrijgen, zou hij daarmee ook in het levensonderhoud van de bedoelde naasten kunnen blijven voorzien. Anders wordt dit in het geval van overlijden van de rechtstreeks getroffene: de overleden rechtstreeks getroffene heeft dan geen aanspraak op schadevergoeding wegens verlies van zijn arbeidsvermogen. De schade verplaatst zich dan (gedeeltelijk) naar deze naasten. In de driemanschapstoelichting wordt bij het ontwerp voor art. 6:108 BW opgemerkt:

“De omstandigheid dat de drager van dit rechtsgoed door het verlies daarvan geen schade kan lijden, rechtvaardigt, dat degenen wier lot van het behoud van dit rechtsgoed in bijzondere mate afhankelijk was, schadevergoeding kunnen vorderen van degene die voor het tenietgaan daarvan aansprakelijk is.”⁶³

Net als bij art. 6:107a BW, ligt impliciet aan de regeling ten grondslag dat de rechtstreeks getroffene, indien hij zelf door het verlies van arbeidsvermogen schade zou lijden, jegens de laedens aanspraak zou hebben op vergoeding daarvan. De criteria van Bloembergen waarin beslissend is of de laedens doorgaans, bij normaaltypisch verloop de schade lijdt, worden om voor de hand liggende redenen niet in deze bepaling gebruikt: degene die overlijdt lijdt doorgaans, bij normaaltypisch verloop geen schade door het verlies van zijn arbeidsvermogen.

Het tweede lid van art. 6:108 BW geeft verder gelaedeerde derden onder omstandigheden aanspraak op vergoeding van kosten van lijkbezorging. Deze verplichting lijkt een andere grondslag te hebben dan verplaatste schade. Ik ga hier verder niet op in.

580. Vermelding verdient tot slot dat de regelingen van art. 6:107, 6:107a en 6:108 BW, en de door de Hoge Raad daaraan gegeven interpretatie, in de literatuur zijn bekritiseerd omdat daarmee een te scherpe begrenzing van aansprakelijkheid wordt verkregen.⁶⁴ Ik zal daar niet verder op ingaan; hier is van belang dat de regelingen van deze artikelen op grond van de notie van verplaatste schade in ieder geval bepaalde aanspraken op schadevergoeding aan derden toekennen.

Kwalitatieve aansprakelijkheid en kosten van schadebeperking

581. De andere wettelijke regeling die hier enige aandacht verdient, is neergelegd in art. 6:184 BW. Het eerste lid van dit artikel bepaalt dat tot de schade waarvoor op grond van de artikelen 6:173 t/m 6:182 BW – de kwalitatieve aansprakelijkheden voor zaken en dieren – aansprakelijkheid bestaat, ook behoren de kosten van iedere redelijke maatregel ter voorkoming of beperking van schade nadat een ernstige en onmiddellijke dreiging is ontstaan dat schade zal worden veroorzaakt

63 Parl. Gesch. Boek 6, p. 393 (T.M.).

64 Zie bijvoorbeeld Lindenberg & Van der Zalm 2015, p. 21, 22 en uitvoerig over de wenselijkheid van de door deze bepalingen getrokken grenzen Rijnhout 2012.

die krachtens die artikelen voor vergoeding in aanmerking komt. Dit eerste lid bepaalt voorts dat ook voor vergoeding in aanmerking komen schade en verlies, anders dan gemaakte kosten, veroorzaakt door zulke maatregelen. Mogelijk is nu – en hierin zit het element van verplaatste schade – dat deze maatregelen worden genomen door een ander dan degene die de schade zou hebben kunnen lijden ter zake waarvan de ernstige en onmiddellijke dreiging is ontstaan. In dat geval, zo bepaalt art. 6:184 lid 2 BW

“(...) kan deze ander slechts vergoeding van de in het vorige lid bedoelde kosten, schaden en verliezen vorderen, voor zover zij gevorderd hadden kunnen worden door degene die de dreigende schade zou hebben geleden, en kan de aangesprokene jegens die ander hetzelfde verweer voeren als hem jegens deze ten dienste zou hebben gestaan.”

Zonder deze regeling zou men bijvoorbeeld bij de kwalitatieve aansprakelijkheid voor gebrekkige opstallen (art. 6:173 BW), kunnen menen dat deze aansprakelijkheid slechts strekt tot bescherming van personen die blootstaan aan een door de opstal meegebracht gevaar dat onaanvaardbaar wordt geacht waardoor eisen aan de opstal worden gesteld om te voorkomen dat het gevaar aanwezig is.⁶⁵ Wanneer een ander, dus iemand die niet zelf aan dat gevaar bloot stond of zou staan, het gevaar wegneemt, zou men kunnen menen dat deze persoon niet is beschermd en deze persoon de kosten van die maatregelen niet op de kwalitatief aansprakelijke persoon kan verhalen. Art. 6:184 lid 2 BW maakt duidelijk dat dergelijk verhaal wel mogelijk is, zij het binnen de grenzen waarin degene die wel aan het gevaar bloot stond deze schade zou hebben kunnen verhalen.

Ook de regeling van art. 6:184 lid 2 BW werkt niet met het criterium van doorgaans, bij normaaltypisch verloop door de claimgerechtigde geleden schade. Voldoende is dat degene die dreigende schade zou hebben geleden jegens de kwalitatief aansprakelijke persoon aanspraak op vergoeding van kosten, schade en verliezen vanwege schadebeperkende maatregelen zou hebben gehad.

582. Naar aanleiding van dit artikel zou men de vraag kunnen stellen welke personen meer in het algemeen, dus ook bijvoorbeeld in het geval waarin een onrechtmatige daad wordt gepleegd of gepleegd dreigt te worden, aanspraak hebben op vergoeding van redelijke kosten ter voorkoming van schade. Bloembergen heeft erop gewezen dat de regeling van art. 6:184 BW overbodig is, en zelfs kwaad kan omdat men hieruit ten onrechte *a contrario* zou kunnen afleiden dat bij andere aansprakelijkheidsgrondslagen een andere regel zou gelden.⁶⁶ Hier is van belang dat Bloembergen aldus van mening was dat de specifiek voor bepaalde kwalitatieve aansprakelijkheden in art. 6:184 BW neergelegde regel een codificering was van een meer in het algemeen geldende regel.

⁶⁵ Zie § 7.4.

⁶⁶ Bloembergen 1992, p. 28 en 29.

15.2.4 *Tussenconclusie: naar een algemene figuur van verplaatste schade*

583. In het voorgaande bleek dat Bloembergen met zijn theorie van verplaatste schade een verschijnsel heeft gesignaleerd dat ook in andere rechtsstelsels wordt onderkend. Van belang is Bloembergens inzicht over de rechtvaardiging van de aanspraak van de gelaedeerde derde, het doorwerken van verweermiddelen tegenover de gelaedeerde derde en de noodzakelijke nuancering van de relativiteit van de onrechtmatige daad. Ook bleek dat de wetgever de notie van verplaatste schade ten grondslag heeft gelegd aan de regelingen van art. 6:107, 6:107a en 6:108 BW van aanspraken van gelaedeerde derden in het geval van letsel en/of overlijden van de claimgerechtigde. Waar Bloembergen voornamelijk aansprakelijkheid bij onrechtmatige daad voor ogen stond, heeft de wetgever de figuur van de verplaatste schade met zijn regelingen in art. 6:107, 6:107a en 6:108 BW ook van toepassing gemaakt in het geval van tekortschieten in de nakoming van een verplichting uit overeenkomst.⁶⁷

De door Bloembergen gegeven criteria zijn echter te rudimentair en niet bruikbaar om te bepalen of een gelaedeerde derde een aanspraak heeft op de laedens op vergoeding van verplaatste schade. De wetgever heeft het slechts nodig geacht om voor de situatie van letsel en overlijden een wettelijke regeling van de rechten van derden te creëren.⁶⁸ Dit alles geeft aanleiding tot nadere exploratie en ontwikkeling van de algemene figuur van verplaatste schade.

584. Allereerst is daarbij van belang de definitie van de term verplaatste schade. Van verplaatste schade zal ik spreken, als iemand ten gevolge van een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis schade lijdt, niet duidelijk is of diegene aanspraak heeft op vergoeding daarvan, maar wél duidelijk is dat als ten gevolge van dezelfde gebeurtenis dezelfde schade door een ander zou zijn geleden, de laedens deze schade dan aan die ander zou dienen te vergoeden. Deze ander noem ik als gezegd de claimgerechtigde en degene die de schade leed de gelaedeerde derde. De reden om situaties van verplaatste schade te behandelen, is om na te gaan of het gegeven dat de claimgerechtigde een aanspraak op schadevergoeding zou hebben indien de schade door hem zou zijn geleden, maakt dat de redelijkheid vergt om de gelaedeerde derde eenzelfde aanspraak op de laedens te geven. De door mij gehanteerde definitie past bij dat doel en maakt het mogelijk om voor een tamelijk ruime groep van gevallen te onderzoeken onder welke omstandigheden de redelijkheid vergt om de gelaedeerde derde zo'n aanspraak tegenover de laedens te geven.

Deze door mij gehanteerde definitie is waarschijnlijk ruimer dan die van Bloembergen. In nr. 560 e.v. betoogde ik dat Bloembergens definitie van verplaatste schade, waarin van belang is dat een ander doorgaans, bij normaaltype verloop dezelfde schade lijdt, niet bruikbaar is. Om die reden is het nodig

67 Parl. Gesch. Inv. Boek 6, p. 1280 en Asser/Sieburgh 6-II 2017, nr. 154. Overigens zal in de situatie waar de gelaedeerde ten gevolge van tekortschieten in de nakoming van een verplichting uit overeenkomst lichamelijk of geestelijk letsel oploopt, dat tekortschieten, de overeenkomst weggedacht, in allerlei gevallen, maar zeker niet steeds, als onrechtmatige daad zijn aan te merken.

68 Vgl. hierover ook Hartlief 2006, p. 98, 99 en 103 die het verschil in benadering tussen gevallen van personen-schade en overige gevallen opmerkelijk acht.

een andere definitie te hanteren. In § 15.2.3 bleek ook de wetgever in de regelingen van art. 6:107, 6:107a en 6:108 BW en in de regeling van art. 6:184 BW terecht niet hetgeen doorgaans gebeurt, of het normaaltypisch verloop beslissend of relevant te maken bij de beoordeling of een gelaedeerde derde een aanspraak op schadevergoeding toekomt. In deze regelingen was wel steeds een noodzakelijke voorwaarde voor de aanspraak op vergoeding van de schade van de gelaedeerde derde, dat de claimgerechtigde tegenover de laedens aanspraak zou hebben gehad op vergoeding van deze schade indien zij door hem zou zijn geleden. De door mij gegeven definitie sluit hierbij aan.

Soms is in de situaties waarin ik van verplaatste schade spreek, de schade eerst door de claimgerechtigde geleden en vervolgens voor rekening van de gelaedeerde derde gekomen. In zo'n geval is bovendien sprake van een verplaatsing van schade in letterlijke zin. Onder de door mij gehanteerde definitie van verplaatste schade vallen ook situaties waarin niet tevens van zo'n verplaatsing van schade in letterlijke zin sprake is. Ook dan kan men zeggen dat de schade van de claimgerechtigde naar de gelaedeerde derde is verplaatst, maar dient men voor ogen te houden dat daarmee slechts bedoeld wordt dat de gelaedeerde derde de schade heeft geleden en de claimgerechtigde aanspraak zou hebben gehad op vergoeding daarvan indien de schade door hem zou zijn geleden. Bij de door mij gehanteerde tamelijk ruime definitie van verplaatste schade kan men zich afvragen of het nog wel gelukkig is om de term verplaatste schade te gebruiken. Naar mijn mening blijft dat wenselijk omdat in ieder geval een groot deel van de door mij te behandelen gevallen ook naar huidige opvattingen als situaties van verplaatste schade zijn aan te merken.

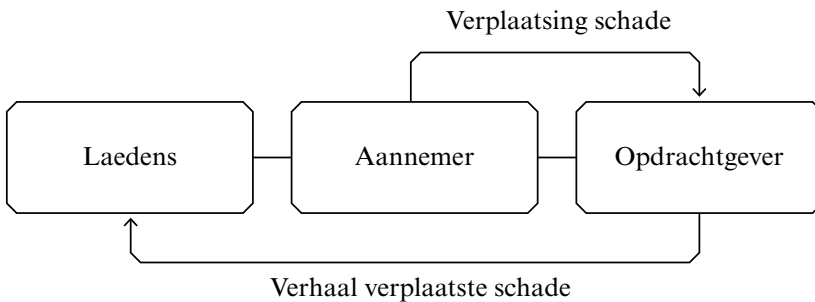
585. Indien sprake is van verplaatste schade in de door mij bedoelde zin, rijst de vraag onder welke omstandigheden de redelijkheid vergt om de gelaedeerde derde tegenover de laedens wel of juist niet eenzelfde aanspraak op schadevergoeding te geven als de claimgerechtigde zou hebben gehad indien de schade door hem zou zijn geleden. Teneinde hierin beter inzicht te verkrijgen, behandel ik in het navolgende diverse gevallen van verplaatste schade. Achtereenvolgens bespreek ik casus waarin schade zich verplaatst van de aannemer naar de opdrachtgever (§ 15.3), van degene die opdracht geeft om werkzaamheden te verrichten naar degene die feitelijk belanghebbende is bij die werkzaamheden (§ 15.4), van de verhuurder naar de huurder van een zaak (§ 15.5), van de kredietnemer naar de kredietverlener bij zekerheidsoverdracht (§ 15.6), en van de verkoper naar de koper van een goed (§ 15.7).

In al deze casus is het uitgangspunt dat indien de schade voor rekening van de claimgerechtigde zou zijn gekomen, deze tegenover de laedens aanspraak zou hebben gehad op vergoeding daarvan. Steeds zal ik bezien of een aanspraak op vergoeding van verplaatste schade van de gelaedeerde derde in de jurisprudentie wordt erkend en om welke reden het wel of niet redelijk zou zijn om deze derde een dergelijke aanspraak te laten toekomen. Bij de beoordeling of het redelijk is om de gelaedeerde derde een aanspraak op vergoeding van verplaatste schade tegenover de laedens toe te laten komen, zal ik de voorliggende casuspositie steeds plaatsen in het volgende beoordelingskader. Enerzijds zal ik de schadesituatie waarin de gelaedeerde derde schade heeft geleden vergelijken met de situatie waarin de schade voor rekening van de claimgerechtigde is gekomen en de

claimgerechtigde tegenover de laedens aanspraak heeft op vergoeding daarvan. Anderzijds zal ik de schadesituatie waarin de gelaedeerde derde schade heeft geleden vergelijken met andere situaties waarin aan deze derde dezelfde schade op eenzelfde wijze is toegebracht en geaccepteerd is om die schade voor zijn rekening te laten. Tevens zal ik bezien welke argumenten voor het overige bestaan om de gelaedeerde derde al dan niet een aanspraak op vergoeding van de naar hem verplaatste schade te doen toekomen en welke complicaties zich voor het overige voordoen. Verder zal ik aandacht besteden aan de grond waarop de aanspraak van de gelaedeerde derde op vergoeding van verplaatste schade gebaseerd wordt.

15.3 Verplaatsing van aannemer naar opdrachtgever

586. Soms verplaatst de door een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis veroorzaakte schade zich van een aannemer naar de opdrachtgever van de aannemer. Bij het in deze paragraaf te bespreken casustype is het uitgangspunt dat als de schade die door de opdrachtgever is geleden, voor rekening van de aannemer zou zijn gekomen en gebeven, de aannemer tegenover de laedens aanspraak zou hebben gehad op vergoeding daarvan. De vraag rijst of die omstandigheid meebrengt, dat de opdrachtgever tegenover de laedens aanspraak heeft op vergoeding van zijn schade. Deze schadeverplaatsing en de mogelijke aanspraak op vergoeding van verplaatste schade laat zich als volgt schematisch weergegeven.



Ik behandel de vraag of de opdrachtgever tegenover de laedens aanspraak heeft op vergoeding van verplaatste schade, eerst voor de situatie waarin de laedens een tekortschietende leverancier van de aannemer is en vervolgens voor de situatie waarin de laedens een tekortschietende onderaannemer is.

Staat/Degens

587. In nr. 547 is de zaak *Staat/Degens*⁶⁹ – de eerste zaak in de ketenjurisprudentie – al ter sprake gekomen.

⁶⁹ HR 3 mei 1946, *NJ* 1946/323 (*Staat/Degens*).

Leverancier Degens kwam haar verplichting om aan aannemer Atiba verkocht isolatiemateriaal te leveren niet na. Atiba was hierdoor genoodzaakt elders duurder materiaal te betrekken en berekende de meerkosten door aan haar opdrachtgever, de Staat. De Staat sprak vervolgens Degens aan tot vergoeding van deze meerkosten. Het hof wees deze vordering af op de grond dat de “*privaatrechtelijke verplichtingen*” van Degens slechts strekten tot bescherming van Atiba en de Staat zich noch op wanprestatie noch op onrechtmatige daad kon beroepen. De Hoge Raad vernietigde. Na zijn inmiddels klassieke vooropstelling, dat het een contractspartij niet onder alle omstandigheden vrij staat om de belangen van derden bij een behoorlijke nakoming te verwaarlozen,⁷⁰ overwoog hij dat de Staat had aangevoerd (i) dat Degens wist of behoorde te weten dat ingeval hij niet leverde Atiba duurder isolatiemateriaal zou moeten kopen en 85% of meer van de meerkosten voor rekening van de Staat zouden komen, (ii) dat Degens bewust niet is nagekomen door het voor Atiba bestemde materiaal aan een ander te verkopen en (iii) dat Degens tot de verkoop aan die ander was overgegaan om een grotere winst te realiseren. De Hoge Raad oordeelde vervolgens dat “*indien de voornoemde stellingen [(i) t/m (iii)] van den Staat juist zouden blijken te zijn, de handelwijze van Degens in strijd is te achten met de zorgvuldigheid, die hij in het maatschappelijk verkeer ten aanzien van het betrokken belang van den Staat behoorde in acht te nemen, tenzij hij de schade, die hij als gevolg van zijn handelwijze voor den Staat kon voorzien, aan dezen vergoedt*”.

In deze zaak heeft de schade die het gevolg is van Degens’ wanprestatie zich (grotendeels) verplaatst van Atiba naar de Staat. Zou de schade voor rekening van Atiba zijn gekomen en gebleven, dan zou Atiba tegenover Degens aanspraak hebben gehad op vergoeding daarvan. Mijns inziens zou het onredelijk zijn om Degens te laten weggelaten worden zonder de door zijn wanprestatie veroorzaakte schade te vergoeden doordat deze schade voor rekening van de Staat is gekomen. Tegelijkertijd zou het mijns inziens onredelijk zijn de Staat hier een andere positie tegenover Degens te geven dan Atiba zou hebben gehad indien de schade voor haar rekening zou zijn gebleven.

De Hoge Raad oordeelde, geïnspireerd door de motiveringsklacht van de Staat, dat als sprake zou zijn van de drie bijzondere, door de Staat aangevoerde omstandigheden, Degens in beginsel onrechtmatig zou hebben gehandeld tegenover de Staat. Op deze manier krijgt het onrechtmatigheidsoordeel een tamelijk brede basis. Men kan zich afvragen of deze omstandigheden, die volgens de Hoge Raad voldoende zijn om aansprakelijkheid van Degens tegenover de Staat aan te nemen, daarvoor ook noodzakelijk zijn. Mijns inziens is dat niet het geval. Voor het bestaan van de aanspraak op vergoeding van verplaatste schade acht ik onnodig dat Degens wist of behoorde te weten dat de schade ten gevolge van de wanprestatie (grotendeels) voor rekening van de Staat zou komen. Eveneens acht ik onnodig dat Degens opzettelijk niet leverde met het oogmerk om door de verkoop aan een ander een groter voordeel te hebben. Mijns inziens noopt namelijk het enkele gegeven dat het onredelijk zou zijn om Degens weg te laten komen door de verplaatsing van de schade naar de Staat en het tevens onredelijk zou zijn de Staat een andere positie te geven dan Atiba zou hebben gehad indien de schade door haar zou zijn geleden, er al toe om de Staat een aanspraak op vergoeding van de naar haar verplaatste schade tegenover Degens te geven.

70 Zie nader § 15.9.2.

Eenzelfde mening lijken Cahen en Du Perron te zijn toegedaan.⁷¹ Cahen schreef dat men in een “vrije weergave zou (...) kunnen zeggen dat de bescherming [van de Staat] op niet meer neerkwam dan een regresrecht voor de Staat voor de schade die zij aan Atiba had moeten vergoeden waarvoor Degens draagplichtig was.”⁷² Du Perron wees op de nauwe verwantschap met middellijke vertegenwoordiging.⁷³ Deze beide auteurs verbinden daaraan niet expliciet de gevolgtrekking dat de voorzienbaarheid voor Degens van de schade van de Staat en het bewust door Degens niet nakomen met het oogmerk voordeel te behalen, geen noodzakelijke voorwaarden voor de aanspraak van de Staat op Degens zijn. Niettemin doet voor het bestaan van zowel een regresrecht als een aanspraak op schadevergoeding van de achterman op de wederpartij in het geval van middellijke vertegenwoordiging in het algemeen niet ter zake of de schade van degene die het regresrecht pretendeert respectievelijk de achterman door de wanprestatie kon worden voorzien en is tevens niet van belang of bewust wordt tekortgeschoten met het oogmerk voordeel te behalen. Te bedenken valt hierbij dat zowel de regresvordering in het geval van hoofdelijke aansprakelijkheid, als de aanspraak op schadevergoeding van de door de achterman geleden schade in het geval van middellijke vertegenwoordiging, toepassingen zijn van de figuur van de verplaatste schade.

588. De eventuele aanspraak van de Staat op schadevergoeding tegenover Degens zou geconstrueerd worden door middel van een aanvullende zorgvuldigheidsnorm.⁷⁴ Die constructie sluit naar mijn mening minder goed aan bij de werkelijke reden om de Staat een aanspraak te geven op vergoeding van naar hem verplaatste schade. Zo’n zorgvuldigheidsnorm kan naar heersende opvattingen namelijk alleen bestaan indien Degens met het belang van de Staat rekening kon houden.⁷⁵ De redelijkheid kan echter vergen om de Staat een aanspraak op vergoeding van verplaatste schade te geven ook als Degens geen rekening met het belang van de Staat kon houden. Het minder goed op elkaar aansluiten van de werkelijke reden om een gelaedeerde derde tegenover de laedens aanspraak te geven op naar hem verplaatste schade en de constructie van die aanspraak met een aanvullende zorgvuldigheidsnorm, zullen wij in het vervolg herhaaldelijk terugzien. In § 15.9.2 zal ik meer in het algemeen betogen dat het gekunsteld en ontoereikend is om de aanspraak van een gelaedeerde derde op vergoeding van verplaatste schade op deze manier te construeren. Vervolgens zal ik in § 15.9.3 uiteenzetten dat het zuiverder is om te aanvaarden dat een wanprestatie op zichzelf ook aansprakelijk kan maken tegenover een gelaedeerde derde naar wie de door de wanprestatie veroorzaakte schade zich heeft verplaatst.

589. Een andere complicatie ontstaat doordat Atiba haar schade, mogelijk zelfs nog nadat zij haar meerkosten ten laste van de Staat heeft gebracht, abstract kan begroten en Degens kan aanspreken tot vergoeding daarvan. Indien een verkoper tekortschiet in zijn verplichting om het gekochte te leveren, kan naar vaste rechtspraak van de Hoge Raad de koper zijn schade abstract begroten op het verschil tussen de waarde van het gekochte op de dag waarop geleverd had moeten wor-

71 Zie nader § 15.8.6.

72 Cahen 2004, p. 15.

73 Du Perron 1999, nr. 349, 350.

74 Vgl. bovendien ook Hofmann/Drion & Wiersma 1959, p. 190, 191 waar Drion betoogde dat het “in feite” de contractuele toezegging van Degens aan Atiba is waaraan de Staat een recht ontleent en Degens zich daarom tegenover de Staat zal moeten kunnen beroepen op alle verweren die hij tegen Atiba zou hebben gehad.

75 Deze regel moet enigszins worden genuanceerd, zoals in nr. 685 zal blijken.

den en de koopprijs.⁷⁶ Uit de vastgestelde feiten blijkt niet of het door Degens te leveren isolatiemateriaal inderdaad zodanig in waarde was gestegen dat het meer waard was geworden dan de koopprijs. Zou dat het geval zijn geweest, dan rijst de vraag of Atiba haar schade nog steeds abstract kan begroten, ook al heeft zij de hogere kosten voor het elders betrokken isolatiemateriaal grotendeels aan de Staat doorbelast. Mijns inziens zou het niet redelijk zijn, indien Atiba, nadat zij haar meerkosten voor rekening van de Staat heeft gebracht, deze meerkosten als schade (deels) op Degens zou kunnen verhalen. Om die reden meen ik dat, na doorbelasting van de meerkosten, Atiba in zoverre geen schade meer heeft. Op de samenloop tussen schadeverplaatsing en abstracte schadebegroting, die zich ook in andere zaken voordoet, zal ik nader ingaan in § 14.9.4.

Wierts/Visseren

590. De tweede hier te bespreken zaak is *Wierts/Visseren*,⁷⁷ een meer recente uitspraak in de ketenjurisprudentie.

Wierts sloot ter realisatie van een kapverdieping op zijn woning een overeenkomst van aanneming met SBL. SBL sloot ter realisatie van het dak en de dakgoten een overeenkomst van aanneming met Visseren. Visseren legde na enige tijd het werk neer omdat SBL in gebreke bleef met de betaling. Om het werk toch doorgang te laten vinden, voldeed Wierts vrijwel de gehele tussen SBL en Visseren overeengekomen aanneemsom aan Visseren. Nadat de kapverdieping en het dak gereed waren gekomen, ontstond lekkage. De oorzaak van de lekkage bleek te liggen in het door Visseren aangebrachte waterdoorlatende dak. Wierts vorderde van Visseren schadevergoeding onder andere op de grond dat Visseren jegens SBL tekort was geschoten en deze tekortkoming jegens Wierts gold als onrechtmatige daad. Ter onderbouwing van dat laatste voerde Wierts aan dat Visseren bij de uitvoering van de overeenkomst zich zijn belangen onvoldoende had aangetrokken. Het hof wees Wierts' vordering af. Eerst kwam het hof op grond van een uitvoerige beoordeling van de omstandigheden van het geval tot de slotsom dat tussen Wierts en Visseren geen overeenkomst van aanneming tot stand was gekomen. Vervolgens oordeelde het hof dat Wierts geen omstandigheden heeft aangevoerd die tot het oordeel kunnen leiden dat Visseren, door haar wanprestatie tegenover SBL, jegens hem onrechtmatig heeft gehandeld. Dit laatste oordeel vernietigde de Hoge Raad: *“De onderaannemer zal in het algemeen binnen bepaalde grenzen rekening hebben te houden met de belangen van de opdrachtgever en de opdrachtgever zal in het algemeen erop mogen vertrouwen dat de onderaannemer dat doet. Anders dan het middel betoogt, levert een wanprestatie van de onderaannemer jegens de hoofdaannemer op zichzelf nog geen onrechtmatige daad jegens de opdrachtgever op. De hiervoor in 3.2.1 weergegeven stellingen van Wierts, waarvan het hof de juistheid in het midden heeft gelaten en die onmiskenbaar mede als feitelijke basis dienden voor diens vordering uit onrechtmatige daad, kunnen echter, in de context van de onderhavige zaak, het oordeel wettigen dat Visseren, overeenkomstig [de Alog/Vleesmeesters-leer] bij de uitvoering van het werk mede jegens Wierts*

76 HR 1 maart 1912, *W* 9333 m.nt. E.M. Meijers (*Wigleven/Schaap*); HR 22 november 1918, *NJ* 1919/33 (*Ostermann/Behrendt en Bodenheimer*); HR 18 november 1937, *NJ* 1938/269 m.nt. E.M. Meijers (*Romp/Cleaves*); HR 20 april 1923, *NJ* 1923/694 (*Van Duyll/Rotterdam*).

77 HR 20 januari 2012, *NJ* 2012/59 (*Wierts/Visseren*). Zie voor vergelijkbare casus Hof 's-Hertogenbosch 4 november 2014, *RCR* 2015/11 (*Natuursteenbedrijf/Transcarbo*) en *Junior Books Ltd. v. Veitchi Co. Ltd.* [1983] 1 AC 520.

onzorgvuldig te werk is gegaan en aldus heeft gehandeld in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer jegens Wierts betaamt.” (rov. 3.4.3)

Ook in deze zaak heeft de door een (veronderstelde) wanprestatie veroorzaakte schade zich verplaatst van een aannemer naar de opdrachtgever van de aannemer. Naar ik meen spreekt vrijwel vanzelf dat het onredelijk zou zijn om de onderaannemer te laten weggelaten worden zonder de door zijn wanprestatie veroorzaakte schade te vergoeden doordat de schade niet is geleden door de aannemer maar voor rekening van de opdrachtgever is gekomen. Doorgaans zal echter in een casustype zoals het onderhavige, de opdrachtgever de aannemer aanspreken tot schadevergoeding. Wanneer de aannemer vervolgens verhaal neemt op de onderaannemer, komt de schade uiteindelijk voor rekening van deze laatste. Het openstaan van deze contractuele route maakt dat er doorgaans weinig reden is om de opdrachtgever een directe aanspraak op schadevergoeding tegenover de onderaannemer te geven. Deze contractuele route maakt immers dat de opdrachtgever zijn door de wanprestatie van de onderaannemer veroorzaakte schade vergoed krijgt en dat de onderaannemer niet weggelaten wordt zonder de door zijn wanprestatie veroorzaakte schade te vergoeden. Mijns inziens is het doorgaans ook praktisch om de opdrachtgever deze contractuele weg te laten volgen en de opdrachtgever niet dezelfde positie tegenover de onderaannemer te geven als de positie die de aannemer zou hebben gehad indien de schade voor zijn rekening zou zijn gekomen. Indien namelijk de opdrachtgever eenzelfde positie zou worden gegeven, zou deze ter verwezenlijking van zijn aanspraak tegenover de onderaannemer allerlei informatie moeten verkrijgen over de verhouding tussen de aannemer en de onderaannemer, onder meer over de tussen deze partijen bestaande aannemingsovereenkomst, over al dan niet gegeven instructies en aanwijzingen en over een eventuele ingebrekestelling. Eenvoudiger is om de opdrachtgever de aannemer te laten aanspreken. Tegen deze achtergrond is mijns inziens terecht de vooropstelling van de Hoge Raad dat een wanprestatie van de onderaannemer jegens de hoofdaannemer op zichzelf nog geen onrechtmatige daad jegens de opdrachtgever oplevert, ondanks dat voor de onderaannemer evident is dat zijn handelwijze de belangen van de opdrachtgever raakt, en dus niet leidt tot aansprakelijkheid van de onderaannemer tegenover de opdrachtgever.

591. Onder welke omstandigheden heeft de opdrachtgever wel een directe aanspraak op de onderaannemer? De Hoge Raad oordeelde dat “*de stellingen*” van Wierts “*in de context van de onderhavige zaak, het oordeel [kunnen] wettigen dat Visseren (...) bij de uitvoering van het werk mede jegens Wierts onzorgvuldig te werk is gegaan*”. Deze stellingen van Wierts hielden het volgende in:

“Het dak lekte, de leien verschilden van kleur, de leien waren niet naar behoren gelegd, de leien vervormden althans waren krom, een folie onder de leien ontbrak en de dakgoten lekten. In opdracht van Wierts heeft ir. F.A. van de Kant het dak onderzocht. In zijn rapport van 2 juli 2005 heeft Van de Kant de klachten van Wierts onderschreven. Volgens het rapport heeft Visseren bovendien ernstig gefaald in het bevorderen van het herstel van het dak. De kosten van deskundig herstel van het dak met een natuurstenen lei, met toepassing van folie, panlatten, tengels en dergelijke, inclusief het afvoeren van oud materiaal, steigers en dergelijke, worden in het rapport geraamd op € 35.000 excl. btw op basis van 280 m2 dakoppervlakte.” (rov. 3.2.1)

Opvallend is dat deze stellingen niet méér inhouden dan dat Visseren, mogelijk ernstig, tekort is geschoten in de nakoming van haar verplichtingen en de kosten voor het ongedaan maken daarvan relatief groot zijn. Te begrijpen valt hierom dat advocaat-generaal Wissink voorafgaand aan het arrest zonder aarzeling tot verwerping van het cassatieberoep van Wierts concludeerde; zijns inziens waren de stellingen van Wierts kennelijk duidelijk onvoldoende om tot een ander oordeel te komen.⁷⁸

De Hoge Raad wees ook op “*de context van de onderhavige zaak*”. Minder duidelijk is welke omstandigheden de Hoge Raad hier op het oog heeft. Naar ik meen, is het bijzondere in deze casus dat SBL haar rol van hoofdaannemer niet meer vervulde. Wierts heeft in de procedure aangevoerd dat tussen hem en SBL “*problemen*” waren ontstaan. Vaststaat dat SBL aan Visseren niet de aanneemsom wilde voldoen en Wierts deze aanneemsom daarom heeft voldaan. Niet blijkt verder dat SBL zich heeft ingespannen om de gebreken in het werk hersteld te krijgen. Onder deze omstandigheden spreekt het mijns inziens wel aan om te zeggen dat de schade van de aannemer naar de opdrachtgever is verplaatst en de opdrachtgever een directe aanspraak dient te hebben op vergoeding daarvan.⁷⁹ Het toestaan ervan druist nu niet in tegen de normaliter wenselijke en efficiënte gang van zaken waarin de opdrachtgever zich tot de aannemer wendt. Naar mijn mening zou het arrest zo begrepen dienen te worden dat de frase over de context van de onderhavige zaak hierop ziet. Deze context en niet zozeer de stellingen van Wierts vormden naar mijn mening de reden om het arrest van het hof te vernietigen. Ook in andere situaties waarin de aannemer feitelijk zijn rol niet meer vervult en waarin een fout door de onderaannemer is gemaakt ten gevolge waarvan de opdrachtgever schade lijdt, acht ik mogelijk dat de opdrachtgever de onderaannemer direct aanspreekt. Niet noodzakelijk is mijns inziens dat de opdrachtgever de aanneemsom aan de onderaannemer heeft voldaan.

592. In deze zaak werd het beantwoorden van de vraag of de opdrachtgever tegenover de onderaannemer een aanspraak op vergoeding van verplaatste schade diende te hebben, gecompliceerd door het gegeven dat de opdrachtgever de aannemer kon aanspreken en de aannemer vervolgens de onderaannemer. De complicatie van de mogelijke aanspraak van de gelaedeerde derde op de claimgerechtigde zullen wij vaker tegenkomen. Ik zal haar in § 15.8.5 in het algemeen bespreken.

593. De mogelijke aanspraak van Wierts tegenover Visseren wordt hier geconstrueerd door middel van een aanvullende zorgvuldigheidsnorm. Ook indien Visseren tegenover Wierts onzorgvuldig en daarmee onrechtmatig zou hebben gehandeld, betekent dat mijns inziens nog niet dat Wierts zonder meer aanspraak heeft op vergoeding van de schade die het gevolg is van deze onrechtmatige daad. Indien bijvoorbeeld Visseren en SBL een beperking van de aansprakelijk-

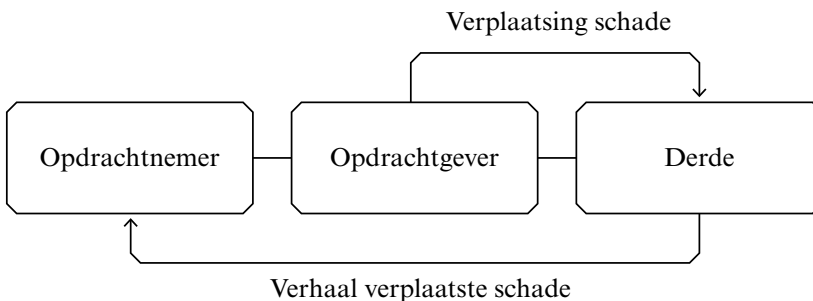
⁷⁸ Zie § 2.11.2 van de conclusie.

⁷⁹ Te wijzen valt in dit verband op HR 8 juli 2011, *NJ* 2012/684 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*G4 Beheer/Hanzevast*) waarin de Hoge Raad oordeelde dat de schuldeiser niet alleen zijn positief contractsbelang kan vorderen na ontbinding van de overeenkomst, maar ook als, hoewel nakoming door de schuldenaar op zichzelf nog mogelijk is, de overeenkomst feitelijk is beëindigd. In *Wierts/Visseren* doet zich iets vergelijkbaars voor: formeel is de aanneemingsovereenkomst nog in stand, maar feitelijk lijkt zij beëindigd te zijn.

heid van Visseren overeen waren gekomen, of indien SBL een instructie aan Visseren zou hebben gegeven die mede tot de verkeerde uitvoering van het werk aanleiding zou hebben gegeven, dient dat mijns inziens door Visseren aan Wierts tegengeworpen te kunnen worden. Hier zien we dat het aannemen van een buitencontractuele zorgvuldigheidsnorm in feite een te zwaar middel is om de uitkomst te bereiken dat Wierts tegenover Visseren de aanspraak op schadevergoeding heeft die SBL tegenover Visseren zou hebben gehad indien de schade voor haar rekening zou zijn gekomen. Dit middel is te zwaar omdat men eerst bij wijze van uitzondering aanneemt dat op grond van de schending van een buitencontractuele zorgvuldigheidsnorm de laedens tegenover de gelaedeerde derde aansprakelijk is, maar men de zo geconstrueerde aansprakelijkheid dadelijk in belangrijke mate moet nuanceren langs een dogmatisch onduidelijke route of zelfs geheel moet laten vervallen. Dit verschijnsel zullen wij ook zien in de casus die ik in de volgende paragraaf bespreek.

15.4 Verplaatsing van opdrachtgever naar feitelijk belanghebbende

594. Soms wordt een opdracht gegeven om werkzaamheden te verrichten ten aanzien van bepaalde zaken, maar zijn deze zaken geen eigendom van de opdrachtgever, maar van een derde. Door tekortschieten van de opdrachtnemer bij de uitvoering van de werkzaamheden raken de zaken beschadigd of gaan zij verloren. Zouden de zaken eigendom van de opdrachtgever zijn geweest, dan zou de veroorzaakte schade, binnen de grenzen van een mogelijk door de opdrachtgever en de opdrachtnemer overeengekomen aansprakelijkheidsbeperking, in beginsel door de opdrachtnemer dienen te worden vergoed. Heeft de gelaedeerde derde tegenover de opdrachtnemer aanspraak op vergoeding van de naar hem verplaatste schade? Deze schadeverplaatsing en de mogelijke aanspraak op vergoeding van verplaatste schade laat zich als volgt schematisch weergegeven.



De gestelde vraag bespreek ik hierna aan de hand van een tweetal arresten. Opmerking verdient allereerst dat de in deze paragraaf behandelde situatie aanzienlijke gelijkenis vertoont met de casus uit de hiervoor besproken zaak *Wierts/Visseren*. Daar schoot de laedens/onderaannemer tekort met als gevolg dat het op te leveren werk dat eigendom was van de gelaedeerde derde van mindere kwaliteit

was dan het op grond van de overeenkomst tussen onderaannemer en aannemer had behoren te zijn. Hier schiet de laedens/opdrachtnemer tekort met als gevolg dat zaken die aan de gelaedeerde derde toebehoren beschadigd raken of verloren gaan.

Gegaste uien

595. De eerste te bespreken zaak is *Gegaste uien*.⁸⁰

De Klerk had aan 'de Roteb' opdracht gegeven om de in zijn cellen opgeslagen uien door gassing te ontsmetten. Omdat de gassing verkeerd door de Roteb werd uitgevoerd, werden de uien onbruikbaar en moesten zij worden vernietigd. Een deel van deze uien behoorde niet in eigendom toe aan De Klerk maar aan Noordermeer. Noordermeer had toestemming voor de gassing gegeven aan De Klerk. Op de grond dat de Roteb de gasbehandeling ondeskundig, onvoorzichtig en/of roekeloos zou hebben verricht, vorderde Noordermeer van de Roteb schadevergoeding. Het hof stelde eerst vast dat niet is gebleken dat De Klerk op naam van Noordermeer of als diens lasthebber had gehandeld. Vervolgens oordeelde het hof dat Noordermeer op grond van onrechtmatige daad tot schadevergoeding gerechtigd is, zij het binnen de grenzen van de tussen De Klerk en de Roteb overeengekomen aansprakelijkheidsbeperking. De Hoge Raad liet die oordelen in stand en oordeelde: "*dat voor de beantwoording van de vraag of de [Roteb] aansprakelijk is uit hoofde van onrechtmatige daad tegenover de eigenaren van goederen, die zij bij het gassen ondeskundig, onvoorzichtig en/of roekeloos zou hebben behandeld, onverschillig is of de [Roteb] wist wie de eigenaren van die goederen zijn; dat het derhalve (...) voor de berechting van Noordermeer's vordering niet van belang is of het voor de [Roteb] al dan niet voorzienbaar was dat zich onder de door de Klerk ter behandeling gegeven uien ook uien van anderen bevonden.*" De Hoge Raad oordeelde voorts dat Noordermeer de door de De Klerk en de Roteb overeengekomen exoneratie "*al was zij zelf daarbij geen partij, in redelijkheid toch tegen zich zal moeten laten gelden*".

Een voor de hand liggende verklaring van de aansprakelijkheid van de Roteb tegenover Noordermeer is om te zeggen dat het nu eenmaal onrechtmatig is om een zaak van een ander te vernietigen, van wie die zaak dan ook is. Niet dadelijk is bij deze verklaring duidelijk waarom de Roteb haar exoneratie ook tegenover Noordermeer kan invoeren. Ernstiger problemen met deze verklaring dringen zich echter op, wanneer men zich realiseert dat de gedragsstandaard van de overeenkomst tussen de Roteb en De Klerk beslissend is voor de vraag of de Roteb onrechtmatig jegens Noordermeer heeft gehandeld. Indien bijvoorbeeld De Klerk aan de Roteb zou hebben voorgeschreven hoe de uien gegast hadden dienen te worden en vanwege het volgen van dat voorschrift de uien verloren zouden zijn gegaan, zou mijns inziens het volgende gelden. Als de Roteb vanwege die instructie niet door De Klerk verweten kan worden tekort te zijn geschoten, dan kan mijns inziens ook Noordermeer niet aan de Roteb verwijten onrechtmatig te hebben gehandeld. Als De Klerk door de instructie eigen schuld heeft aan de schade, dan kan die eigen schuld mijns inziens evengoed aan Noordermeer worden tegengeworpen. Of en in welke mate de Roteb jegens Noordermeer aan-

80 HR 7 maart 1969, NJ 1969/249 m.nt. G.J. Scholten (*Gegaste uien*).

sprakelijk is, wordt aldus in de eerste plaats bepaald door de relatie tussen de Roteb en De Klerk.

596. De aansprakelijkheid van de Roteb laat zich om deze reden mijns inziens beter met de figuur van de verplaatste schade verklaren. De Roteb heeft zich bij overeenkomst verbonden om bepaalde werkzaamheden te verrichten met betrekking tot bepaalde uien en is daarin tekortgeschoten. Het zou niet redelijk zijn om de Roteb aan aansprakelijkheid te laten ontkomen op de grond dat de uien aan een ander dan De Klerk toebehoren. Evenmin zou het redelijk zijn om Noordermeer een andere positie tegenover de Roteb te geven dan De Klerk zou hebben gehad ingeval Noordermeers uien aan De Klerk zouden hebben toebehoord. Op grond hiervan dient Noordermeer aanspraak te hebben op vergoeding van zijn schade, indien en voor zover De Klerk deze aanspraak zou hebben gehad indien de uien zijn eigendom zouden zijn geweest.

Naar mijn mening is het enigszins gekunsteld om die aansprakelijkheid te construeren via een aanvullende zorgvuldigheidsnorm die Noordermeer beschermt. Mijns inziens zou dat ook niet overeenstemmen met de werkelijkheid zoals de Roteb deze heeft ervaren of had dienen te ervaren: zij had de haar opgedragen werkzaamheden zorgvuldig dienen uit te voeren, en behoefde mijns inziens geen bijzondere rekening te houden met belangen van derden.

Indien men de aanspraak van Noordermeer tegenover de Roteb ziet als een aanspraak op vergoeding van verplaatste schade, spreekt het verder vanzelf dat Noordermeer de door de Roteb met de Klerk overeengekomen exoneratie tegen zich moet laten gelden: Noordermeer treedt in zekere zin in de positie van De Klerk en dient dan ook diens omstandigheden, waaronder de met de Roteb overeengekomen exoneratie, tegen zich te laten gelden. Ook hier blijkt het aannemen van een aanvullende zorgvuldigheidsnorm waaraan de Roteb tegenover de Klerk diende te voldoen, een te zwaar middel: nodig is immers om de rechtsgevolgen hiervan dadelijk te corrigeren en te oordelen dat Noordermeer de tussen De Klerk en de Roteb overeengekomen exoneratie tegen zich dient te laten gelden.

Securicor/Nationale Nederlanden

597. De tweede te bespreken zaak is *Securicor/Nationale Nederlanden*.⁸¹

Makro was met de bank Vlaer en Kol overeengekomen dat op elke werkdag de kasontvangsten van Makro opgehaald zouden worden door een vervoerder die Vlaer en Kol zou inschakelen. Vlaer en Kol schakelde hiertoe Securicor in, die haar bedrijf maakte van het vervoeren van geld en geldswaarden. Eén van deze geldtransporten werd overvallen waarbij ongeveer een half miljoen gulden werd geroofd. Deze overval slaagde mede omdat de personeelsleden van Securicor de interne veiligheidsvoorschriften negeerden. Makro leed hierdoor schade, die werd vergoed door haar verzekeraar Nationale Nederlanden. Gesubrogeerd in de rechten van Makro, sprak Nationale Nederlanden Securicor aan tot schadevergoeding op de grond dat Securicor onzorgvuldig en onrechtmatig jegens Makro had gehandeld. Het hof wees deze vordering toe. De Hoge Raad sanctioneerde die toewijzing: “*Het Hof heeft de wijze waarop Securicor en haar personeelsleden hebben gehandeld m.b.t. de hun toevertrouwde gelden en geldswaarden, jegens Ma-*

81 HR 12 januari 1979, NJ 1979/362 m.nt. A.R. Bloembergen (*Securicor/Nationale Nederlanden*).

kro onrechtmatig geoordeeld. Daarbij heeft het Hof aangenomen, dat de (...) interne voorschriften van Securicor aan haar personeel overeenkwamen met de eisen welke, onafhankelijk van die voorschriften, aan Securicor en haar personeel kunnen worden gesteld uit hoofde van de zorgvuldigheid welke hun t.a.v. Makro en Makro's aan Securicor toevertrouwde gelden en geldswaarden betaamde.” Dit oordeel van het hof achtte de Hoge Raad begrijpelijk. De Hoge Raad vernietigde wel het oordeel van het hof dat Securicor niet de exoneratie aan Makro kon tegenwerpen en oordeelde “dat Makro t.z.v. het vervoer van de door haar aan Securicor ten vervoer toevertrouwde gelden in redelijkheid de in de vervoersvoorwaarden van Securicor voorkomende aansprakelijkheidsbeperking tegen zich moest laten gelden, ook al was zij geen partij bij de betr. vervoerovereenkomst”.

Evenmin als *Gegaste uien* wordt deze zaak in de literatuur als situatie van verplaatste schade geduid. Ook hier laat de verkregen uitkomst zich niettemin goed aan de hand van deze figuur verklaren. Ervan uitgaande dat Securicor wanprestatie pleegde tegenover haar opdrachtgever, Vlaer en Kol, zou het mijns inziens onredelijk zijn om Securicor weg te laten komen zonder de door haar wanprestatie veroorzaakte schade te vergoeden doordat de vervoerde zaken eigendom waren van een ander dan haar opdrachtgever. Eveneens zou het onredelijk zijn om Makro een andere positie tegenover Securicor te geven dan Vlaer en Kol zouden hebben gehad indien de schade door haar zou zijn geleden.

Ook voor de aansprakelijkheid van Securicor doet het er mijns inziens niet toe wie eigenaar van de gelden en geldswaarden was: het gegeven dat door het tekortschieten van Securicor de gelden en geldswaarden zijn verloren, doet redelijk zijn Securicor aansprakelijk te houden, binnen de grenzen waarvoor zij jegens haar opdrachtgever Vlaer en Kol aansprakelijk zou kunnen zijn als de vermogensbestanddelen van Vlaer en Kol waren geweest. Ook hier is het construeren van de aanspraak van Makro tegenover Securicor door middel van een aanvullende zorgvuldigheidsnorm mijns inziens minder gelukkig. Bij vervoer van zaken ligt mijns inziens voor de hand dat een duidelijk verband bestaat tussen de door de vervoerder te leveren mate van beveiliging en de door de opdrachtgever van de vervoerder betaalde prijs. Indien men de aanspraak van de gelaedeerde derde ziet als aanspraak op vergoeding van verplaatste schade, dan spreekt vanzelf dat bij de bepaling of de opdrachtnemer een relevante fout heeft gemaakt beslissend is de tussen de opdrachtgever en de opdrachtnemer overeengekomen mate van beveiliging van het vervoer: de gelaedeerde derde treedt als het ware immers in de positie van de opdrachtgever tot het vervoer. Geeft men de gelaedeerde derde door middel van een aanvullende zorgvuldigheidsnorm aanspraak op schadevergoeding, dan rijst de vraag tot welke mate van beveiliging van het vervoer de opdrachtnemer tegenover deze derde op grond van het ongeschreven recht gehouden was. Niet dadelijk valt dan in te zien waarom deze mate van beveiliging gelijk zou dienen te zijn aan de (mogelijk hoge) mate van beveiliging zoals tussen opdrachtgever en opdrachtnemer overeengekomen. Aldus leidt de constructie met een aanvullende zorgvuldigheidsnorm tot vragen, en daarmee tot mogelijke geschilpunten, die niet rijzen wanneer men de aanspraak van de gelaedeerde derde ziet als aanspraak op vergoeding van verplaatste schade waarbij deze derde in de positie treedt van de opdrachtgever.

Samenloop met de figuur van de middellijke vertegenwoordiging

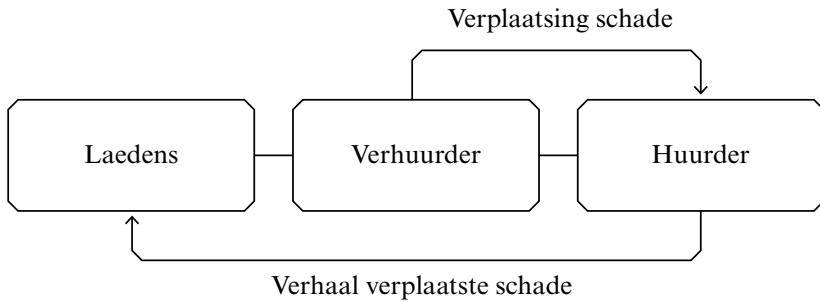
598. In zowel *Gegaste uien* als *Securicor/Nationale Nederlanden* dringt zich het nauwe verband met de figuur van de middellijke vertegenwoordiging op. In *Gegaste uien* was door het hof geoordeeld dat De Klerk niet optrad als middellijke vertegenwoordiger van Noordermeer. In *Securicor/Nationale Nederlanden* had het hof vastgesteld dat Vlaer en Kol de vervoersovereenkomst als lasthebber van Makro op eigen naam heeft gesloten. De Hoge Raad laat die vaststelling in zijn overwegingen echter niet terugkomen.

In een situatie van middellijke vertegenwoordiging kan de vertegenwoordiger van zijn contractuele wederpartij vergoeding vorderen van de schade die de vertegenwoordigde ten gevolge van een wanprestatie van die wederpartij heeft geleden (art. 7:419 BW). Deze aanspraak op schadevergoeding gaat onder omstandigheden van de vertegenwoordiger op de vertegenwoordigde over na een mededeling van de vertegenwoordigde aan de vertegenwoordiger en aan de wederpartij (art. 7:420 BW). Indien de opdrachtgever dus optreedt als middellijk vertegenwoordiger van de derde, ligt de aanspraak tegenover de opdrachtnemer op vergoeding van de naar de gelaedeerde derde verplaatste schade in eerste instantie bij de opdrachtgever. Bij deze aanspraak op schadevergoeding spreekt vrijwel vanzelf dat zij beheerst wordt door de tussen opdrachtnemer en opdrachtgever overeengekomen exoneratie. Construeert men echter een onrechtmatige daad van de opdrachtnemer tegenover de gelaedeerde derde, dan heeft deze derde in beginsel zelf de aanspraak tegenover de opdrachtnemer tot schadevergoeding. Bij deze constructie spreekt minder voor zichzelf om aan de hand van de tussen de opdrachtnemer en opdrachtgever overeengekomen exoneratie die aanspraak van de gelaedeerde derde te beperken. Naar mijn mening is de onderliggende reden om de opdrachtnemer te verplichten om de door de gelaedeerde derde geleden schade te vergoeden gelijk, maar er is een verschil in uitwerking ten aanzien van wie de aanspraak op schadevergoeding toekomt. In § 15.8.6 zal ik in het algemeen de samenloop met andere wettelijke regelingen van verplaatste schade, waaronder middellijke vertegenwoordiging, behandelen.

15.5 Verplaatsing van verhuurder naar huurder

15.5.1 *Inleiding*

599. Soms verplaatst schade zich van de verhuurder naar de huurder van een zaak. Het verhuren van een zaak maakt dat het belang bij de mogelijkheid om de zaak te gebruiken voornamelijk bij de huurder komt te liggen en niet meer bij de eigenaar/verhuurder. De eigenaar/verhuurder behoudt overigens een gebruiksbelang: door het verhuren van de zaak verkrijgt hij inkomsten. In de te bespreken zaken raakt door een aansprakelijkheidschepende gebeurtenis het gehuurde beschadigd of wordt anderszins veroorzaakt dat de huurder niet het huurgenot heeft dat hij zonder de aansprakelijkheidschepende gebeurtenis zou hebben gehad. Deze schadeverplaatsing en de mogelijke aanspraak op vergoeding van verplaatste schade laat zich als volgt schematisch weergeven.



Ik bespreek in het navolgende de vraag of de huurder de laedens kan aanspreken in het geval van een onrechtmatige beschadiging van het gehuurde door de laedens (§ 15.5.2) en in het geval van tekortschieten door de laedens in de nakoming van verplichtingen uit een met de verhuurder gesloten overeenkomst (§ 15.5.3).

15.5.2 Beschadiging van het gehuurde

600. Het uitgangspunt bij deze bespreking is dat in het geval van een onrechtmatige zaaksbeschadiging geldt dat de eigenaar van de zaak aanspraak heeft op vergoeding van de waardevermindering van de zaak en/of herstelkosten en op vergoeding van gevolgschade.⁸² Verder is het uitgangspunt dat op grond van het aanvullende huurrecht (titel 7.4 BW) een feitelijke stoornis van het huurgenot door derden niet tot aansprakelijkheid van de verhuurder tegenover de huurder leidt (art. 7:204 lid 3 BW).⁸³ De huurder kan hierdoor in het algemeen niet de verhuurder aanspreken in het geval zijn huurgenot vermindert door een gebeurtenis waarvoor de laedens aansprakelijk is.

Friesland/Salverda en Frieslandhal

601. Alvorens de toepassing van de figuur van de verplaatste schade in dit casus-type nader te analyseren, bespreek ik een tweetal arresten van de Hoge Raad. In *Friesland/Salverda*⁸⁴ heeft de Hoge Raad geoordeeld dat indien een gehuurde zaak op onrechtmatige wijze wordt beschadigd, de laedens daarmee

“(...) jegens den huurder een onrechtmatige daad begaat, op grond waarvan deze laatste (...) den derde kan aanspreken tot vergoeding van de schade, welke hij als gevolg van deze daad lijdt”.

In het bijzonder oordeelde de Hoge Raad dat de huurder op grond van die onrechtmatige daad tegenover de laedens aanspraak heeft op vergoeding van de door hem gemaakte herstelkosten. Zonder belang is hierbij, zo oordeelde de Hoge Raad verder, dat voor de huurder mogelijk zou zijn geweest eerst vergoe-

⁸² Zie § 15.8.4.

⁸³ Deze bepaling is daarmee een uitwerking van het toerekeningsvereiste van art. 6:74 BW.

⁸⁴ HR 4 maart 1955, NJ 1955/301 (*Friesland/Salverda*).

ding van deze kosten te vorderen van de verhuurder en de verhuurder deze kosten op zijn beurt zou kunnen verhalen op de laedens. De Hoge Raad motiveerde:

“dat het toch redelijk is dat de huurder niet deze omweg volgt, doch gelet op zijn bovenvermeld belang als huurder, alsmede de verplichting, die op hem rust om voor het gehuurde als een goed huisvader te zorgen, voor het herstel van de ruit [die door de onrechtmatige daad van de laedens beschadigd was geraakt] zorgdraagt en de kosten daarvan voor zijn rekening neemt om deze dan als een door hem door de beschadiging van de gehuurde zaak geleden schade – eventueel tezamen met door hem als huurder nog geleden verdere schade – van de pleger van de onrechtmatige daad terug te vorderen.”

In deze overweging brengt de Hoge Raad expliciet tot uitdrukking dat de huurder “nog geleden verdere schade” ook op de pleger van de onrechtmatige daad kan verhalen. De Hoge Raad nam bij dit alles in overweging dat de laedens door de mogelijkheid van deze rechtstreekse aanspraak niet slechter af is; hij overwoog:

“dat ook de belangen van de [laedens] hierdoor niet worden geschaad, vermits door zijn betaling van het bedrag van de herstelkosten aan de huurder voor wat dit bedrag betreft zijn verplichting jegens de eigenaar, evenals de verplichting van de eigenaar jegens de huurder, vervalt.”

602. Dat een onrechtmatige beschadiging van het gehuurde jegens de huurder onrechtmatig is en de huurder daarom aanspraak heeft (ook) op vergoeding van de met de gehuurde zaak te verwerven inkomsten, kan zodanig vanzelfsprekend zijn dat het in een procedure niet tot een debat over dit onderwerp komt. Dit deed zich voor in de in nr. 203 besproken zaak *Frieslandhal*.⁸⁵

Boekema huurde in de Frieslandhal een bedrijfsruimte waarin hij een cafetaria exploiteerde. Door een brand, waarvoor de ouders van vier minderjarige kinderen kwalitatief aansprakelijk waren, ging de Frieslandhal grotendeels verloren. Hierdoor eindigde de huurovereenkomst. Boekema vorderde vervolgens van de ouders vergoeding onder meer van de door hem gederfde inkomsten. Het hof wees de vordering ten aanzien van die inkomsten deels toe. De Hoge Raad vernietigde op dit punt omdat hij deze toewijzing onbegrijpelijk beperkt achtte.

Partijen hebben niet, althans zo blijkt niet uit de gepubliceerde arresten, gediscussieerd over de vraag of Boekema als huurder en niet-eigenaar van de verloren gegane bedrijfsruimte principieel wel aanspraak kon maken op vergoeding van inkomsten die hij met deze bedrijfsruimte kon genereren. Ook in de literatuur heb ik deze kwestie niet aan de orde gesteld gezien.⁸⁶ Mijns inziens blijkt hieruit dat vanzelfsprekend wordt geacht dat, naast de eigenaar, ook de huurder aan-

85 HR 25 april 2008, NJ 2008/262 (*Frieslandhal*). Ook in de zaak HR 7 december 2001, NJ 2002/576 m.nt. J.B.M. Vranken (*Leeuwarden/Los*) lijkt tot uitgangspunt te worden genomen dat de huurder (in dat geval de wanprestatie van de verhuurder weggedacht) van de voor de brand aansprakelijken vergoeding van schade door het niet kunnen gebruiken van het gehuurde had kunnen vorderen.

86 Zie bijvoorbeeld Van Tricht 2008, p. 1 e.v. en Giesen 2008, p. 563 e.v.

spraak heeft op schadevergoeding wanneer door een onrechtmatige daad het gehuurde wordt beschadigd.⁸⁷

Waarschijnlijk zullen ten gevolge van de onrechtmatige daad die leidde tot de brand in de Frieslandhal ook eigendommen van Boekema verloren zijn gegaan. Het zou merkwaardig zijn om te zeggen dat Boekema alleen aanspraak heeft op vergoeding van die schade die het gevolg is van het verloren gaan van die zaken, maar niet op vergoeding van de schade die tevens het gevolg is van het niet meer kunnen gebruiken van het gehuurde. Evenzeer zou het merkwaardig zijn om de aanspraak op schadevergoeding van de huurder ervan te laten afhangen of naast het gehuurde ook een aan hem toebehorende zaak is beschadigd.

603. Naar ik meen laten *Friesland/Salverda* en *Frieslandhal* zich goed begrijpen als toepassing van de figuur van de verplaatste schade. De huurder maakt aanspraak op vergoeding van de schade die de laedens aan de verhuurder zou dienen te vergoeden, indien die schade door de verhuurder zou zijn geleden. Bij de beoordeling of de huurder aanspraak dient te hebben op vergoeding van schade die de laedens aan de verhuurder zou dienen te vergoeden indien de verhuurder deze schade zou lijden, is het zinvol om onderscheid te maken tussen de door de huurder gemaakte kosten voor herstel en overige door de huurder geleden gevolgschade.

Het spreekt naar mijn mening voor zichzelf dat het niet redelijk zou zijn om de laedens te laten weggelaten worden zonder de herstelkosten te vergoeden doordat deze door een huurder zijn gemaakt en niet voor rekening van de eigenaar zijn gekomen. Niettemin spelen bij de beantwoording van de vraag of de huurder de laedens tot vergoeding van deze kosten kan aanspreken twee, samenhangende, complicaties. In de eerste plaats rijst de vraag of de verhuurder de schade, ook na het herstel door een huurder, wellicht abstract kan begroten en of aan de aanspraak van de verhuurder tot vergoeding van deze abstract begrote schade het door de huurder verrichte herstel afdoet. In de tweede plaats rijst de vraag of de huurder de verhuurder kan aanspreken tot schadevergoeding en aldus de redelijkheid niet meer verlangt de huurder een directe aanspraak op schadevergoeding tegenover de laedens te geven.⁸⁸ In *Friesland/Salverda* oordeelde de Hoge Raad dat het redelijk is een directe aanspraak van de huurder op de laedens te laten bestaan. De Hoge Raad oordeelde tevens dat door het vergoeden van de herstelkosten aan de huurder de aanspraak tot schadevergoeding van de verhuurder tenietgaat. Mogelijk lijkt aldus dat voordat deze schade door de laedens is vergoed, de verhuurder van de laedens vergoeding kan vorderen van abstract begrote zaakschade terwijl de huurder de laedens kan aanspreken tot vergoeden van de herstelkosten.⁸⁹

Ter zake van de gevolgschade komt het voor het bestaan van de aanspraak van de huurder op vergoeding van verplaatste schade aan op de vraag of het re-

87 Wanneer een huurder door een onrechtmatige daad in het gebruiksgenot van het gehuurde wordt beperkt, maar waar de onrechtmatige daad noch de huurovereenkomst noch het gehuurde aantast, kan het nog meer vanzelfsprekend zijn dat jegens de huurder onrechtmatig wordt gehandeld. In HR 16 maart 1973, *NJ* 1975/74 m.nt. B. Wachter (*Natuurmonumenten/Franken*) heeft de Hoge Raad geoordeeld dat voor de beoordeling of hinder door stank en lawaai door een vuilstortplaats tegenover de bewoner van een woning niet relevant is of die woning eigendom is of gehuurd wordt.

88 Zie in het algemeen over verplaatste schade en de aanspraak van de gelaedeerde derde op de claimgerechtigde: § 15.8.5.

89 Zie in het algemeen over verplaatste schade en abstracte schadebegroting: § 15.8.4.

delijk is om de laedens te laten weggkomen zonder de schade te vergoeden en of het redelijk is de gelaedeerde derde een andere positie te geven dan de claimgerechtigde verhuurder. In dit verband is van belang dat de gelaedeerde derde, vóór de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis, het gebruiksbelang bij de gehuurde zaak van de claimgerechtigde (deels) heeft overgenomen. De gelaedeerde derde kan niet de verhuurder aanspreken in het geval van een feitelijke stoornis door derden van het huurgenot. Tegelijkertijd behoudt de verhuurder een deel van het gebruiksbelang bij de zaak doordat hij daarmee huurinkomsten verwerft. Hierdoor komt de problematiek genuanceerd te liggen: waar de gelaedeerde derde minder huur betaalt en de claimgerechtigde deze gemiste inkomsten op de laedens kan verhalen, komt in ieder geval een deel van de veroorzaakte gevolgschade voor rekening van de laedens. Dat het niettemin onredelijk zou zijn de laedens daarmee te laten weggkomen, volgt mijns inziens eruit dat dit soort schade meer in het algemeen niet rechtmatig aan de huurder kan worden toegebracht.⁹⁰ Ook uit de hiervoor besproken arresten volgt dat een dergelijke beperkte schadevergoedingsverplichting van de laedens niet redelijk wordt geacht.

604. Het interpreteren van deze arresten als toepassing van de figuur van de verplaatste schade heeft als consequentie dat de laedens zich tegenover de huurder kan beroepen op verweermiddelen die hem tegenover de verhuurder ten dienste zouden hebben gestaan. Indien bijvoorbeeld het gehuurde bijzonder kwetsbaar was of een bijzonder brandgevaar bestond zodanig dat sprake is van eigen schuld van de verhuurder (art. 6:101 BW), kan de laedens deze eigen schuld van de verhuurder ook aan de huurder tegenwerpen.

605. Door de hiervoor besproken arresten als toepassing te zien van de figuur van de verplaatste schade, kan verklaard worden waarom de huurder aanspraak heeft op schadevergoeding. Aan een dergelijke verklaring bestaat mijns inziens ook behoefte, omdat uitgelegd moet kunnen worden waarom een huurder van een zaak aanspraak heeft op schadevergoeding indien het gehuurde door een onrechtmatige daad wordt beschadigd, maar bijvoorbeeld een koper van een zaak die door een onrechtmatige daad wordt beschadigd soms wel en soms niet (zie daarover § 15.7). Daarnaast is deze interpretatie zinvol omdat zich op vergelijkbare wijze laat verklaren waarom het tekortschieten van een schuldenaar jegens de verhuurder kan leiden tot een aanspraak op schadevergoeding van de huurder tegenover de tekortschietende schuldenaar van de verhuurder. Deze situaties zal ik in de volgende paragraaf bespreken.

15.5.3 *Tekortschieten laedens jegens verhuurder*

606. Soms heeft het tekortschieten van een schuldenaar in de nakoming van een met de verhuurder gesloten overeenkomst tot gevolg dat de huurder minder genot van de gehuurde zaak heeft dan hij zonder dat tekortschieten zou hebben gehad. Ik neem tot uitgangspunt dat indien de verhuurder als eigenaar van de verhuurde

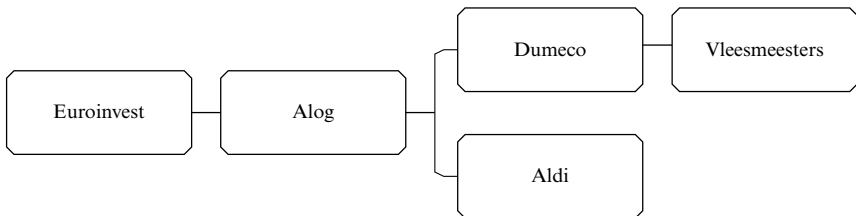
90 Met Du Perron 1999, p. 122 en 133, maar anders dan De Bie Leuveling Tjeenk 1997, p. 236, 237, meen ik dat het onnodig is dat de huurder de macht over de zaak uitoefent op het moment van de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis.

zaak ten gevolge van dit tekortschieten verminderd gebruiksgenot van de zaak zou hebben gehad, hij de schuldenaar zou hebben kunnen aanspreken tot vergoeding van de daardoor veroorzaakte schade. In het navolgende bespreek ik voor een tweetal casus of de huurder, in plaats van de verhuurder, jegens de schuldenaar een aanspraak heeft op vergoeding van de naar hem verplaatste schade. De relatie tussen de schuldenaar en de verhuurder is in de eerste zaak een huurovereenkomst en in de tweede zaak een overeenkomst van opdracht.

Vleesmeesters/Alog

607. De eerste te bespreken zaak is *Vleesmeesters/Alog*.⁹¹ Dit is een van de standaardarresten uit de ketenjurisprudentie, waarin de Hoge Raad naar voren heeft gebracht zijn gezichtspuntenbenadering voor de beoordeling of een tekortkoming in de nakoming van een verbintenis uit overeenkomst leidt tot aansprakelijkheid van de schuldenaar jegens een niet-contractspartij.⁹² Naar mijn mening is in deze zaak sprake van een probleem van verplaatste schade.⁹³

De enigszins gecompliceerde casus is als volgt. Euroinvest verhuurde een bedrijfsruimte aan Alog. Op grond van de huurovereenkomst was Alog jegens Euroinvest gehouden het gehuurde als supermarkt te gebruiken en van inventaris te voorzien. Alog verhuurde het grootste deel van de ruimte aan het aan haar gelieerde Aldi. Het overige deel van de bedrijfsruimte, dat bestemd was voor de exploitatie van een slagerij, verhuurde Alog aan Dumeco. Ruim tien jaar later onderverhuurde Dumeco deze bedrijfsruimte aan Vleesmeesters. Schematisch laat dit zich als volgt weergeven.



Toen Aldi jaren later haar supermarkt naar een andere locatie verplaatste, liep de omzet die Vleesmeesters met haar slagerij maakte aanzienlijk terug. Voor Aldi kwam geen andere supermarkt in de plaats. Anderhalf jaar later zag Vleesmeesters zich hierdoor genoodzaakt haar slagerij te sluiten. Vleesmeesters vorderde op grond van onrechtmatige daad schadevergoeding van Alog. Vleesmeesters verweet Alog jegens Euroinvest toerekenbaar tekort te zijn geschoten en jegens haar onrechtmatig te hebben gehandeld, door geen supermarkt in het gehuurde gevestigd te hebben. De rechtbank en het hof wezen de vordering af. Het hof overwoog dat noch in de huurovereenkomst tussen Alog en Dumeco, noch in de huurovereenkomst tussen Dumeco en Vleesmeesters is bepaald dat de supermarkt in het gehuurde dient te blijven en dat voorts de zorgvuldigheid die Alog ten aanzien van de belangen van Vleesmeesters in acht diende te nemen

91 HR 24 september 2004, NJ 2008/587 m.nt. C.E. du Perron (*Vleesmeesters/Alog*).

92 Zie § 15.9.2.

93 Datzelfde geldt ook voor twee andere arresten uit de ketenjurisprudentie: HR 3 mei 1946, NJ 1946/323 (*Staat/Degens*) en HR 20 januari 2012, NJ 2012/59 (*Wierts/Visseren*), zie voor beide zaken nader § 15.3.

niet zover gaat dat zij zich het belang van Vleesmeesters bij het in stand blijven van de supermarkt diende aan te trekken. De Hoge Raad casseerde omdat het hof, zo het al was uitgegaan van de juiste rechtsopvatting waarin een contractspartij onder omstandigheden rekening dient te houden met belangen van derden, zijn oordeel onvoldoende begrijpelijk had gemotiveerd: “*Het [hof] heeft immers uit de omstandigheden dat noch in het tussen Alog en (...) Dumeco gesloten contract, noch in de tussen Dumeco en Vleesmeesters gesloten overeenkomst, voor Alog dan wel Dumeco de verplichting is opgenomen een supermarkt in de bedrijfsruimte gevestigd te houden ten behoeve van de door Vleesmeesters daarin gedreven slagerij, zonder meer afgeleid dat de zorgvuldigheid die door Alog ten opzichte van Vleesmeesters in acht moet worden genomen, niet zover gaat dat Alog bij de beslissing om de Aldi-supermarkt in het gehuurde op te heffen, zich de belangen van Vleesmeesters diende aan te trekken. Dusdoende heeft het hof geen kenbare aandacht besteed aan de vraag of Vleesmeesters in de omstandigheden van het gegeven geval redelijkerwijs erop mocht vertrouwen dat haar belangen door Alog zouden worden ontzien en evenmin in dat kader de terzake dienende omstandigheden van het geval kenbaar afgewogen.*” (rov. 3.4, 3.5)

Dat de Hoge Raad tot vernietiging overging is cassatietechnisch niet verbazingwekkend. Het hof was namelijk niet ingegaan op de stellingen van Vleesmeesters waarmee zij had onderbouwd waarom de wanprestatie van Alog jegens Euroinvest tevens een onrechtmatige daad tegenover haar meebracht. Voor zover hier van belang had Vleesmeesters op dit punt gesteld, dat de exploitatie van de slagerij door Vleesmeesters geschiedde in de vorm van een winkel-in-winkelconstructie, en dat als gevolg hiervan de verplichting tot exploitatie van een supermarkt die Alog jegens Euroinvest op zich had genomen, mede strekte ter bescherming van het belang van Vleesmeesters en dat de schending van die verplichting door Alog een onrechtmatige daad jegens Vleesmeester opleverde.⁹⁴

Merkwaardigerwijze parafraseerde de Hoge Raad dit betoog van Vleesmeesters als een beroep op bij Vleesmeesters aanwezig vertrouwen dat haar belangen door Alog zouden worden ontzien. De Hoge Raad volgde hiermee de conclusie van advocaat-generaal Timmerman. Timmerman baseerde zich op zijn beurt in belangrijke mate op het proefschrift van Du Perron, waarin door de schuldenaar bij een niet-contractspartij opgewekt vertrouwen een belangrijke pijler is voor het als onrechtmatige daad jegens deze niet-contractspartij kunnen aanmerken van een wanprestatie van de schuldenaar.⁹⁵

608. Naar ik meen is deze benadering van de casus om een tweetal redenen minder gelukkig. In de eerste plaats wordt de zaak naar mijn mening op een verkeerd spoor gezet door te redeneren vanuit door een contractspartij bij een derde opgewekt vertrouwen.⁹⁶ Met Tjong Tjin Tai meen ik dat “[w]ie vertrouwt op een contract tussen derden, bouwt op ijs”.⁹⁷ het enkele bestaan van een overeenkomst tussen anderen en het daaruit voor die anderen voortvloeien van verplichtingen, is onvoldoende erop te mogen vertrouwen dat die verplichtingen ook worden nage-

94 Zie conclusie advocaat-generaal Timmerman § 2.2.

95 Du Perron 1999, nr. 300 spreekt van normvertrouwen: het vertrouwen dat iemand doet waartoe hij rechtens gehouden is.

96 Zie meer in het algemeen kritisch over de functie en betekenis van ‘vertrouwen’ bij de rechtsvinding, Van Laarhoven 2006, p. 88, 89 en in het bijzonder over de ‘absorberende’ werking van vertrouwen, Smits 1995, p. 110 t/m 112.

97 Tjong Tjin Tai 2006, p. 202.

komen.⁹⁸ Daarvoor is méér nodig. Ligt dat meerdere hier dan wellicht in de door Vleesmeesters gestelde strekking van de verplichting van Alog? Het verbinden van de strekking van de norm aan opgewekt vertrouwen leidt tot diverse complicaties. Om mede op die strekking te baseren dat Vleesmeesters gerechtvaardigd op nakoming kon vertrouwen is allereerst nodig dat Vleesmeesters deze verplichting met deze strekking kende: anders kon zij daarop vanzelfsprekend niet vertrouwen. Nodig lijkt voorts dat de strekking vrijwel ondubbelzinnig was; wanneer immers de strekking van de verplichting voor meerdere uitleg vatbaar is, valt niet goed in te zien waarom Vleesmeesters aan een bepaalde, ook mogelijke interpretatie gerechtvaardigd vertrouwen kon ontnemen. Verder rijst de vraag of het noodzakelijk is dat Vleesmeesters deze verplichting en strekking ervan al kende voordat zij de exploitatie van de slagerij aanving, of dat ook voldoende is dat zij eerst enige tijd voordat de supermarkt werd verplaatst of zelfs nadat de supermarkt werd verplaatst hiermee bekend werd. Niet is vastgesteld dat Vleesmeesters vanwege dat gerechtvaardigd vertrouwen de huurovereenkomst met Dumeco is aangegaan. Als Vleesmeesters geen gedragingen heeft gebaseerd op dit gerechtvaardigd vertrouwen, hoe kan zij aan dit vertrouwen dan een aanspraak op schadevergoeding baseren?⁹⁹ Bovendien is aan gerede twijfel onderhevig of de door Alog geschonden norm strekte tot bescherming van de exploitant van de slagerij. Van Laarhoven heeft erop gewezen dat de ratio van de exploitatieverplichting van Alog tegenover Euroinvest is, dat bij leegstand verloedering dreigt en daardoor de waarde van de bedrijfsruimte vermindert. De exploitatieverplichting in de overeenkomst tussen Euroinvest en Alog strekt aldus vanzelfsprekend tot bescherming van het financiële belang van belegger Euroinvest, zo betoogde zij. Niet valt in te zien, zo begrijp ik Van Laarhoven, waarom deze verplichting ook zou strekken tot bescherming van Vleesmeesters. Dat Vleesmeesters een evident belang had bij de naleving van die verplichting door Alog en dat dit belang ook bij Alog kenbaar was, is daarvoor, naar haar mening, die ik voor juist houd, niet voldoende.

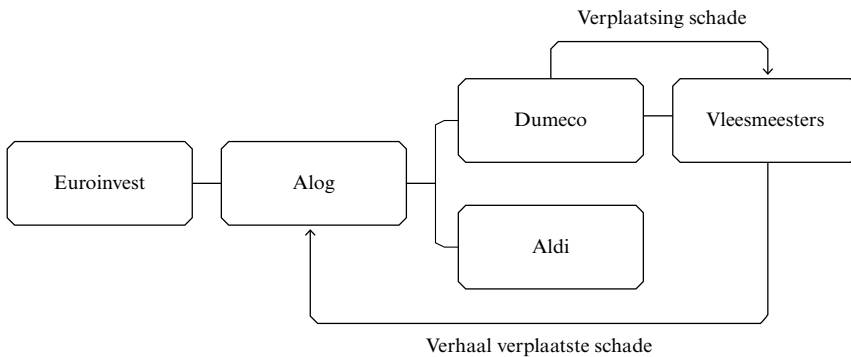
609. Van Laarhoven heeft in haar dissertatie naar mijn mening een betere benadering van de casus aangereikt. In haar opvatting dient de rechtvaardiging van de mogelijke aansprakelijkheid van Alog jegens Vleesmeesters niet gezocht te worden in de schending door Alog van haar verplichting jegens Euroinvest om het gehuurde in gebruik te houden.¹⁰⁰ Van Laarhoven wijst erop dat de winkel-in-winkelconstructie geredigeerd werd door spilfiguur Alog. Door de supermarkt leeg te laten staan heeft Alog een situatie in het leven geroepen, althans laten ontstaan, waarin het huurgenot van Dumeco en Vleesmeesters feitelijk illusoir is. Volgens Van Laarhoven is dat in strijd met de eisen van redelijkheid en billijkheid die Alog als verhuurder jegens Dumeco in acht diende te nemen. “*Nu het belang van Dumeco zich op voor Alog kenbare wijze heeft verplaatst naar Vleesmeesters*”, zo komt Van Laarhoven dan tot haar slotsom, “*is dit jegens Vleesmeesters in strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid*”.

98 Zie ook nr. 253.

99 Vgl. Nieskens-Isphording 1991, p. 153 die betoogde dat vertrouwen (buiten de situatie van totstandkoming van overeenkomsten) slechts bron van de verbintenis kan zijn wanneer en voor zover op dat vertrouwen wordt afgestaan.

100 Van Laarhoven 2006, p. 70 e.v. zie ook p. 88 en 89.

610. Deze benadering is mijns inziens realistisch en goed bruikbaar. De op het eerste gezicht tamelijk ongrijpbare kwestie van derdenwerking wordt zo teruggebracht tot een vraag van contractsuitleg en een probleem van verplaatste schade. Ten eerste dient beoordeeld te worden of de eisen van redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 1 BW) in de omstandigheden van het geval meebrengen dat Alog als verhuurder jegens haar huurder Dumeco gehouden is om te zorgen dat de supermarkt wordt geëxploiteerd. Indien Alog deze verplichting jegens Dumeco heeft, rijst ten tweede de vraag of het niet nakomen ervan door Alog maakt dat Vleesmeesters, op de grond van de figuur van de verplaatste schade, tegenover Alog aanspraak kan maken op vergoeding van haar schade. Dit laat zich als volgt weergeven.



De eerste vraag laat ik hier rusten, omdat het antwoord daarvan mijns inziens afhangt van omstandigheden van het geval die in het arrest minder duidelijk naar voren komen. Dat de tweede vraag bevestigend dient te worden beantwoord, acht Van Laarhoven kennelijk zodanig voor zich spreken dat zij hierop niet nader ingaat. Het probleem van verplaatste schade dat hier ligt, is mijns inziens inderdaad ook betrekkelijk eenvoudig. Omdat Dumeco de ruimte waarin de slagerij gevestigd was huurde en Vleesmeesters die ruimte onderhuurde, heeft Vleesmeesters de positie van Dumeco (vrijwel) volledig overgenomen. Indien inderdaad Alog tegenover Dumeco verplicht zou zijn te zorgen voor de aanwezigheid van een supermarkt, zou mijns inziens onredelijk zijn Alog in het geval van wanprestatie weg te laten komen zonder de schade te vergoeden doordat de schade niet door Dumeco maar door Vleesmeesters geleden wordt. Niet valt in te zien waarom Alog ervan zou mogen profiteren dat Dumeco het gehuurde niet zelf in gebruik heeft maar het aan Vleesmeesters heeft onderverhuurd. Tevens zou mijns inziens onredelijk zijn Vleesmeesters tegenover Alog een andere positie te geven dan Dumeco zou hebben gehad indien de schade voor haar rekening zou zijn gekomen. Vleesmeesters heeft als het ware de gebruikerspositie van Dumeco overgenomen.

611. Een belangrijke kwestie is of in dit verband ter zake doet of Alog wist of behoorde te weten dat de slagerij was onderverhuurd aan Vleesmeesters. Van Laarhoven gaat uit van die wetenschap. Gegeven de verplichting van Alog tegenover Dumeco om te zorgen voor de aanwezigheid van een supermarkt, is bij de beoordeling of de redelijkheid vergt om Vleesmeesters tegenover Alog een aan-

spraak op schadevergoeding te geven indien Alog in de nakoming van deze verplichting tekortschiet, deze wetenschap mijns inziens echter niet van belang. Ook immers – eigenlijk: juist – als Alog niet wist dat de slagerij was onderverhuurd aan Vleesmeesters en Alog tekortschiet tegenover Dumeco door niet ervoor zorg te dragen dat de supermarkt wordt geëxploiteerd, is het mijns inziens niet redelijk om Alog weg te laten komen zonder de daardoor veroorzaakte schade te vergoeden enkel doordat de slagerij onderverhuurd was aan Vleesmeesters. Hier zien we opnieuw dat de figuur van de verplaatste schade gaat schuren met het, zoals gebruikelijk is, construeren van de aanspraak van de gelaedeerde derde met behulp van een aanvullende zorgvuldigheidsnorm.¹⁰¹

Smael en De Ridder/Moszkowicz

612. De tweede te bespreken zaak is *Smael en De Ridder/Moszkowicz*.¹⁰² In deze zaak schoot een advocaat tekort in de nakoming van de uit een opdracht van een verhuurder voortvloeiende verplichting om werkzaamheden uit te voeren, met als gevolg dat een huurder schade leed.

De Ridder huurde een bedrijfsruimte en verhuurde deze ruimte onder aan Smael. De Ridder gaf zijn advocaat opdracht een verzoekschrift ex art. 1631b lid 1 (oud) BW tot verlenging van de hoofdhuurovereenkomst in te dienen. Smael gaf dezelfde advocaat eenzelfde opdracht ten aanzien van de onderhuurovereenkomst. De termijn voor het indienen van het verzoek met betrekking tot de hoofdhuurovereenkomst verstreek op 31 december 1973. Op die dag, die toentertijd krachtens de Algemene termijnenwet was gelijkgesteld met een feestdag, was de griffie van het kantongerecht gesloten. Het kennelijk op die dag ingediende verzoek werd als op 2 januari 1974 binnengekomen aangemerkt. De kantonrechter verklaarde het in opdracht van De Ridder ingediende verzoek niet-ontvankelijk omdat het te laat was ingediend. Het in opdracht van Smael ingediende verzoek wees de kantonrechter af, omdat het andere verzoek, met betrekking tot de hoofdhuurovereenkomst, niet was toegewezen. Zowel De Ridder als Smael sprak de advocaat aan tot vergoeding van schade op de grond dat onzorgvuldig was gehandeld. Het hof wees deze vordering af omdat het verzoek naar zijn oordeel, anders dan de kantonrechter had geoordeeld, wel tijdig was gedaan waardoor van een beroepsfout geen sprake was. De Hoge Raad vernietigde het hofarrest omdat de advocaat door het late indienen van het verzoek een onnodig risico had genomen. De Hoge Raad deed de zaak vervolgens als volgt zelf af: “*De blijkens 's Hofs arrest vaststaande feiten brengen (...) mee dat Moszkowicz door het ten processe bedoelde verzoekschrift eerst op 2 januari 1974 in te dienen is tekort geschoten in de zorgvuldigheid die hij ten aanzien van de belangen van De Ridder en Smael had behoren in acht te nemen. (...) Hieruit volgt dat Moszkowicz voor de door deze onzorgvuldigheid ontstane schade aansprakelijk is, jegens De Ridder op grond van wanprestatie en jegens Smael op grond van onrechtmatige daad.*”

De Hoge Raad oordeelde aldus dat de advocaat door zijn late indiening van het verzoek voor De Ridder jegens Smael in strijd had gehandeld met de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer wordt verlangd. Het is gemeengoed dat

101 Zie hierover meer in het algemeen § 14.8.2 en 14.8.3. Niet uitgesloten, maar wel onwaarschijnlijk, acht ik dat als Alog wist of behoorde te weten van de onderverhuur van de slagerij sprake kan zijn van een zelfstandige zorgplicht tegenover Vleesmeesters; zie nader over het onderscheid tussen een aanspraak op schadevergoeding vanwege verplaatste schade en vanwege de schending van een zelfstandige zorgplicht nr. 680.

102 HR 2 april 1982, *NJ* 1983/367 m.nt. C.J.H. Brunner (*Smael en De Ridder/Moszkowicz*).

een beroepsbeoefenaar bij de uitvoering van een opdracht onder omstandigheden met belangen van derden rekening dient te houden. Aangenomen wordt doorgaans dat deze gehoudenheid gebaseerd is op de bijzondere positie van zo'n beroepsbeoefenaar.¹⁰³ Onder welke omstandigheden en met welke belangen van welke personen een beroepsbeoefenaar rekening dient te houden, laat zich niet steeds eenvoudig bepalen.

Mijns inziens is in deze zaak de bijzondere positie van de tekortschietende beroepsbeoefenaar niet van belang.¹⁰⁴ Sprake is eenvoudigweg van door de wanprestatie van de advocaat veroorzaakte schade die zich van de hoofdhuurder, De Ridder, naar de onderhuurder, Smael, heeft verplaatst. Niet redelijk zou zijn om de advocaat weg te laten komen zonder de door zijn beroepsfout veroorzaakte schade te vergoeden doordat deze schade voor rekening van Smael is gekomen. Evenmin zou het redelijk zijn Smael tegenover de advocaat een andere positie te geven dan De Ridder zou hebben gehad indien hij ten gevolge van de beroepsfout de schade zou hebben geleden.

Beschouwt men deze zaak als toepassing van de figuur van verplaatste schade, dan komt scherper in beeld welke omstandigheden wel en welke omstandigheden niet van belang zijn voor de aansprakelijkheid van de advocaat tegenover Smael. Niet ter zake doet of de advocaat wist dat van onderhuur sprake was en evenmin doet ter zake dat Smael de advocaat ook een opdracht had gegeven. Het zou immers mijns inziens immers hoe dan ook onredelijk zijn om de advocaat weg te laten komen zonder de schade te vergoeden vanwege het enkele feit dat de schade naar de onderhuurder is verplaatst. Ook hier zien we dat de figuur van de verplaatste schade gaat schuren met de gebruikelijke constructie van de aanspraak van de gelaedereerde derde met behulp van een aanvullende zorgvuldigheidnorm.

Wel van belang voor de aanspraak van Smael is of de advocaat tegenover De Ridder bepaalde verweermiddelen kon inzetten. Indien bijvoorbeeld De Ridder, ondanks aandringen van de advocaat, onredelijk lang zou hebben gewacht met het verschaffen van de benodigde documenten en daardoor eigen schuld aan de schade heeft, zou de advocaat zich mijns inziens daarop ook jegens Smael hebben kunnen beroepen.

15.6 Verplaatsing van kredietnemer naar kredietverlener

613. Hoewel naar huidig recht goederen niet meer tot zekerheid kunnen worden overgedragen (art. 3:84 lid 3 BW), was dit wel mogelijk en tevens gebruikelijk onder het vóór 1992 geldende recht.

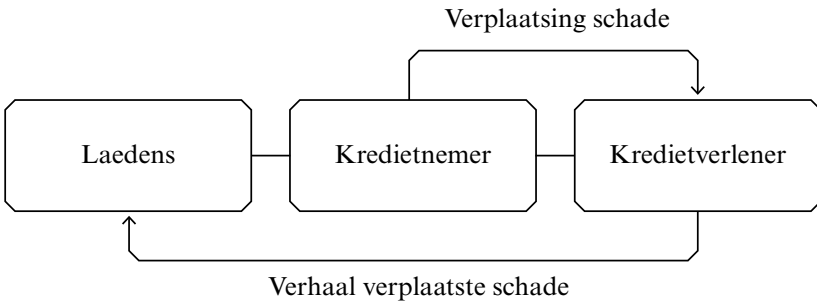
Onder oud recht werd in zo'n geval door de schuldenaar een zaak geleverd onder de ontbindende voorwaarde van algehele voldoening door de schuldenaar van de vordering tot zekerheid waarvan de over te dragen zaak of goed strekte. Na de vervulling van die ontbindende voorwaarde

103 Zie bijvoorbeeld Tjong Tjin Tai 2006, p. 173 e.v. en Van den Akker 2001, p. 160 e.v.

104 Anders Du Perron 1999, nr. 346 die deze zaak bespreekt bij de hoedanigheid van de partij die wanprestatie pleegt.

keerde de tot zekerheid overgedragen zaak of goed van rechtswege terug in het vermogen van de schuldenaar.¹⁰⁵ In het geval van een tot zekerheid overgedragen vordering werd in beginsel de cessionaris inningsbevoegd, met dien verstande dat in het geval van een stille cessie de debitor-cessus bevrjijnd aan de cedent kon betalen totdat de cessie aan hem werd medegegeeld. Bij overeenkomst konden cedent en cessionaris de uitoefening van de inningbevoegdheid nader regelen.¹⁰⁶

In het geval van zo'n zekerheidsoverdracht door een kredietnemer aan een kredietverlener, verplaatste de door een onrechtmatige daad veroorzaakte schade zich soms van de kredietnemer naar de kredietverlener. Indien de kredietnemer de schade op de laedens zou hebben kunnen verhalen indien deze voor zijn rekening zou zijn gekomen, heeft dan ook de kredietverlener tegenover de laedens aanspraak op vergoeding van deze schade? Deze schadeverplaatsing en de mogelijke aanspraak op vergoeding van verplaatste schade laat zich als volgt schematisch weergegeven.



De reden om ook verplaatsing van schade in deze situatie te bespreken, is dat de Hoge Raad een tweetal arresten ten aanzien van zo'n verplaatsing van schade heeft gewezen. Deze arresten werpen meer in het algemeen licht op de toepassing van de figuur van de verplaatste schade, in het bijzonder in het geval van een faillissement van de claimgerechtigde.

Amro/Bromet

614. De eerste te bespreken zaak is *Amro/Bromet*.¹⁰⁷

Amro keerde een cheque die betaalbaar was gesteld aan Confectiefabriek Joy Coats B.V., op onzorgvuldige wijze aan een ander (Ansems) uit. De vordering tot betaling waarvan de cheque strekte was tot zekerheid gecedeerd aan Bromet, die krediet had verstrekt aan Joy Coats. Joy Coats faillieerde. Bromet sprak vervolgens Amro aan tot schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad. Het hof oordeelde dat het uitkeren van de cheque aan iemand anders dan aan wie deze betaalbaar was gesteld, onrechtmatig is jegens degene aan wie de cheque betaalbaar was gesteld, Joy Coats, en hier tevens jegens Bromet. In het door Amro ingestelde cassatieberoep

105 Zie Asser/Mijnssen & Van Velten 3-III 1986, nr. 190.

106 Zie nader Verdaas 2008, p. 65, 66.

107 HR 18 december 1987, *NJ* 1988/439 m.nt. W.C.L. van der Grinten (*Amro/Bromet*).

oordeelde de Hoge Raad eerst dat het hof, niet onjuist en niet onbegrijpelijk, ervan uit is gegaan dat indien Amro de fout niet zou hebben gemaakt “*het bedrag van de cheque uiteindelijk aan Bromet ten goede zou zijn gekomen*” (rov. 3.3). Vervolgens verwierp de Hoge Raad de klacht van Amro dat het hof miskent dat de door haar geschonden norm slechts strekt tot bescherming van de uitgever en/of nemer van een cheque: “*Het onderdeel faalt. In een situatie als de onderhavige is een handeling als die van Amro ook onrechtmatig jegens iemand als Bromet bij wie – in plaats van bij de nemer of de latere verkrijger van de cheque – de schade in de vorm van derving van het op de cheque uit te betalen bedrag uiteindelijk is terecht gekomen.*” (rov. 3.3). Het hof had het betoog dat Amro wist noch kon weten dat Bromet schade zou lijden, verworpen op de grond dat “*de bank (...) in elk geval [behoorde] te weten dat uitbetaling van een cheque aan een ander dan de daartoe gerechtigde schade voor laatstgenoemde zou meebrengen*” (rov. 4.9). Ook de tegen dit oordeel gerichte motiveringsklachten liet de Hoge Raad falen.

Niet geheel duidelijk wordt uit het gepubliceerde arrest waarom zonder de fout van Amro het bedrag van de cheque “*uiteindelijk*” aan Bromet ten goede zou zijn gekomen. Niettemin nam de Hoge Raad een dergelijke gang van zaken tot uitgangspunt. Ik acht waarschijnlijk dat hij heeft aangenomen dat zonder de foutieve uitkering de cheque door Amro in het faillissement van Joy Coats aan Bromet zou zijn uitbetaald. Dat uitgangspunt laat de Hoge Raad vervolgens kennelijk beslissend zijn voor zijn oordeel dat Amro ook jegens Bromet onrechtmatig handelde. Bij dat oordeel geeft hij geen motivering, maar hij benadrukt wel dat de schade bij Bromet terecht is gekomen “*in plaats van bij de nemer of de latere verkrijger van de cheque*”.

Bloembergen heeft geschreven dat de Hoge Raad hier toepassing geeft aan de figuur van de verplaatste schade. Naar het oordeel van Bloembergen heeft de beslissing van de Hoge Raad bovendien een wijdere strekking:

*“Mijns inziens mag men uit het arrest afleiden dat zaaks aantasting ook jegens [contractueel belanghebbenden] onrechtmatig is, wanneer de schade zich naar hen heeft verplaatst. En waarschijnlijk mag men ook meer in het algemeen concluderen dat de Hoge Raad welwillend staat tegenover aanspraken van derden naar wie de schade zich heeft verplaatst.”*¹⁰⁸

615. Bij de beoordeling van deze casus is mijns inziens allereerst van belang of Joy Coats tegenover Amro aanspraak had op schadevergoeding. De Hoge Raad lijkt ervan uit te gaan dat Joy Coats geen schade leed: volgens hem had die schade zich immers naar Bromet verplaatst.¹⁰⁹ Advocaat-generaal Mok had in zijn conclusie betoogd dat Joy Coats door de cessie tot zekerheid geen schade leed.¹¹⁰ Bloembergen lijkt ook ervan uit te gaan dat Joy Coats geen schade leed.¹¹¹ Naar mijn mening spreekt niet vanzelf dat Joy Coats geen schade leed.¹¹² Indien Amro niet foutief zou hebben uitgekeerd en zou hebben betaald aan Bromet, zou het krediet van Joy Coats bij Bromet deels zijn afgelost en zou Joy Coats dus in zoverre in een betere positie hebben verkeerd. Onzeker is echter of het enkele be-

¹⁰⁸ Bloembergen 1992, p. 22.

¹⁰⁹ De Hoge Raad stelde overigens vast dat de curator in het faillissement van Joy Coats, dat inmiddels bij gebrek aan baten was opgeheven, geen aanspraak heeft gemaakt op dit bedrag tegenover Amro.

¹¹⁰ Zie § 7.1 van zijn conclusie.

¹¹¹ Bloembergen 1992, p. 22.

¹¹² Van der Grinten schreef in zijn NJ-annotatie dat Joy Coats Amro had kunnen aanspreken tot schadevergoeding, maar werkte niet uit waarom Joy Coats schade had geleden.

staan van een schuld als schade kan gelden, zeker wanneer die schuld door de faillissementssituatie mogelijk niet meer zou worden voldaan.¹¹³ Ik bespreek hierna tot welke uitkomst aan de hand van de figuur van de verplaatste schade gekomen kan worden, eerst indien ervan wordt uitgegaan dat Joy Coats geen schade heeft geleden en vervolgens wanneer wordt aangenomen dat zulks wel het geval was.

616. Neemt men aan dat Joy Coats geen schade heeft geleden ten gevolge van de wanprestatie van Amro, dan ligt de casus mijns inziens eenvoudig. Het zou niet redelijk zijn wanneer Amro de door haar wanprestatie veroorzaakte schade niet zou behoeven te vergoeden doordat deze niet voor rekening van Joy Coats maar van Bromet is gekomen. Evenmin zou het redelijk zijn om Bromet een andere positie tegenover Amro te geven dan Joy Coats zou hebben gehad indien de schade voor haar rekening zou zijn gekomen. Met Bloembergen ben ik dan van mening dat de uitkomst van deze zaak zich laat verklaren met de figuur van de verplaatste schade.

617. Het hof had van het verweer van Amro, dat zij wist noch kon weten dat Bromet schade zou lijden, verworpen op de grond dat Amro wel behoorde te weten dat uitbetaling van een cheque aan een ander dan de gerechtigde voor deze gerechtigde schade zou meebrengen. Op het eerste gezicht is die verwerping tamelijk apocrief: bij de beoordeling of Amro niet alleen tegenover Joy Coats, zoals het hof aannam, onzorgvuldig handelde maar tevens, zoals het hof ook aannam, tegenover Bromet is volgens de gebruikelijke regels noodzakelijk dat Amro met het belang van Bromet rekening kon houden. Niet voldoende is dat Amro met schade van Joy Coats rekening kon houden. Indien men echter ervan uitgaat dat Bromet de aanspraak op schadevergoeding tegen Amro verkrijgt omdat de schade naar haar is verplaatst, valt te begrijpen dat de Hoge Raad deze verwerping niettemin sanctioneert. Net zoals we in diverse hiervoor besproken zaken zagen, is het voor het antwoord op de vraag of de redelijkheid vergt om degene naar wie de schade zich heeft verplaatst tegenover de laedens een aanspraak op schadevergoeding te geven, niet van belang of de laedens met het belang van diegene naar wie de schade zich zal verplaatsen rekening kon houden. Omdat dit voor het bestaan van een buitencontractuele zorgvuldigheidsnorm wel van belang is, leidt het construeren van een aanspraak op vergoeding van verplaatste schade door middel van een buitencontractuele zorgvuldigheidsnorm soms tot gekunstelde motiveringen.

618. Zou ervan uitgegaan worden dat Joy Coats door de foutieve uitbetaling van Amro schade leed van de omvang van het uitgekeerde bedrag, dan doet zich een complicatie voor. Zowel Joy Coats als Bromet heeft dan schade geleden ten ge-

113 Vgl. HR 25 september 1981, *NJ* 1982/255 m.nt. C.J.H. Brunner (*Van Veen/X*) waarin de Hoge Raad oordeelde dat in ieder geval wanneer een reële kans bestaat dat een schuld niet wordt voldaan, het enkele ontstaan van die schuld nog niet geldt als schade. Zie echter ook HR 9 juli 2010, *NJ* 2012/194 m.nt. C.E. du Perron (*Snouckaert/Reinders*), rov. 3.4.5 waarin de Hoge Raad ervan uitgaat dat het ten gevolge van een normschendende gedraging hebben van een schuld geldt als schade. In § 15.8.4 bespreek ik nader dat de vraag of de claimgerechtigde nog schade lijdt niet alleen wordt beheerst door de normale schadedogmatiek en dat uiteindelijk beslissend kan zijn of het redelijker is om aan de claimgerechtigde of aan de gelaedeerde derde de aanspraak op schadevergoeding toe te laten komen.

volge van de fout van Amro: Joy Coats omdat haar door Bromet verleende krediet hierdoor in mindere mate is afgelost, en Bromet omdat zij het uitgekeerde bedrag niet heeft gekregen en Joy Coats het krediet niet kon aflossen. Het gaat niettemin om dezelfde schade die Amro slechts één keer behoeft te vergoeden. De vraag rijst dan of de aanspraak op schadevergoeding aan de boedel dient toe te komen of aan Bromet. Naar ik meen is het redelijker om de aanspraak aan Bromet toe te laten komen. De cessie tot zekerheid strekte er juist toe om Bromet als schuldeiser van Joy Coats een verhaalsvoorrang te geven ten opzichte van andere schuldeisers. Het toekennen van een directe aanspraak op schadevergoeding aan Bromet maakt dat deze verhaalsvoorrang behouden blijft. In de hierna te bespreken zaak ligt dit andersom, met een tegengestelde uitkomst als gevolg.

Heijmans/Staat

619. In de tweede te bespreken zaak, *Heijmans/Staat*,¹¹⁴ oordeelde de Hoge Raad anders dan in *Amro/Bromet*.

De aangifte vennootschapsbelasting van Sport en Spel Aalsmeer B.V. in 1979 en 1980 resulteerde in aanspraken van Sport en Spel op de Staat ten belope van f 391.938,- respectievelijk f 609.670,-. Deze aanspraken jegens de Staat cedeerde Sport en Spel tot zekerheid aan Heijmans, een kredietverstrekker van Sport en Spel, voor een opeisbare schuld van bijna drie miljoen gulden. Daarbij machtigde Sport en Spel Heijmans om al datgene te doen dat van invloed kan zijn op de omvang van de vordering en op de realisatie en inning daarvan. Niet lang daarna faillieerde Sport en Spel. Het innen van de vordering door Heijmans liep echter weinig voorspoedig. De belastinginspecteur beschikte in 1983 namelijk dat aan Sport en Spel over 1979 en 1980 geen negatieve aanslagen vennootschapsbelasting werden opgelegd. Eerst na een lang bestuursrechtelijk traject kwam vast te staan dat Sport en Spel conform haar initiële aangifte aanspraak had op betaling. In 1986 en 1989 werden door de Staat aan Heijmans de genoemde bedragen jaren te laat betaald. Heijmans sprak op grond van onrechtmatige daad de Staat aan tot betaling van f 1.073.414,- aan compensatoire interesses (een niet-gefixeerde vorm van wettelijke rente uit het burgerlijke recht van vóór 1992). De rechtbank en het hof oordeelden dat Sport en Spel op grond van onrechtmatige daad aanspraak had op vergoeding van compensatoire interesses, dat deze vordering van Sport en Spel niet (ook) aan Heijmans was overgedragen en de Staat niet jegens Heijmans onrechtmatig heeft gehandeld. Heijmans klaagde in cassatie onder meer dat het hof miskende dat de Staat ook jegens Heijmans onrechtmatig heeft gehandeld, omdat Heijmans de positie van Sport en Spel heeft overgenomen en het onredelijk zou zijn dat de Staat “vrijuit zou gaan” door een schadevergoedingsactie aan de cessionaris, Heijmans, voor de door ernstige vertraging in de uitbetaling veroorzaakte renteschade te onthouden, terwijl de cedent, Sport en Spel, geen renteschade heeft geleden. Die klacht verwierp de Hoge Raad: “*Anders dan Heijmans heeft aangevoerd kan zij niet worden beschouwd als degene wier inkomens- of vermogensbestanddelen zijn begrepen in het voorwerp van de belasting waarop de beschikkingen van de Inspecteur betrekking hadden. (...) De omstandigheid dat de Staat onrechtmatig heeft gehandeld jegens Sport en Spel rechtvaardigt niet de gevolgtrekking dat hem ook onrechtmatig handelen jegens Heijmans kan worden verweten.*” De Hoge Raad oordeelde vervolgens dat “[n]iet uitgesloten is dat, wanneer de Staat in het kader van uitvoering van belastingwetgeving onrechtmatig

114 HR 12 november 1999, NJ 2000/222 m.nt. A.R. Bloembergen (*Heijmans/Staat*). Overigens is in deze zaak nauwelijks een beroep gedaan op de figuur van de verplaatste schade.

handelt jegens een belastingplichtige, dit handelen tevens in voormelde zin als onzorgvuldig jegens een derde moet worden aangemerkt. Of daarvan sprake is zal afhangen van de omstandigheden van het geval.” Volgens de Hoge Raad waren dergelijke omstandigheden naar het kenmerkende en niet onbegrijpelijke oordeel van het hof niet gesteld.

Waar de Hoge Raad in *Amro/Bromet* als vrijwel vanzelfsprekend oordeelde dat Amro ook jegens Bromet – bij wie als zekerheidscessionaris de schade uiteindelijk terecht was gekomen – onrechtmatig heeft gehandeld, wordt hier met dezelfde vanzelfsprekendheid een tegengesteld oordeel gegeven. Bloembergen heeft zich in zijn annotatie tegen het oordeel van de Hoge Raad (en van het hof en de rechtbank) gekeerd. Bloembergen wees daarbij op *Amro/Bromet* en betoogde dat in *Heijmans/Staat* evenzeer sprake is van verplaatste schade. Volgens Bloembergen was dat reden om de handelwijze van de Staat ook jegens Heijmans onrechtmatig te achten. Naar mijn mening dient bij de beoordeling van deze zaak eerst een complicatie, waaraan Bloembergen geen aandacht heeft besteed, nader te worden beschouwd.

In *Heijmans/Staat* is geoordeeld over het geschilpunt of de aanspraak op schadevergoeding van Sport en Spel tegenover de Staat, als nevenrecht, is overgedragen aan Heijmans. Of zo'n overdracht zinvol is, hangt mijns inziens ervan af of Sport en Spel door de te late betaling door de Staat schade heeft geleden: ook na een overdracht aan Heijmans blijft de vordering tot schadevergoeding immers zien op door Sport en Spel geleden schade. Had Sport en Spel door de te late betaling door de Staat schade geleden? De enkele te late betaling door de Staat maakt mijns inziens niet dat door Sport en Spel al schade werd geleden.

Deze schade werd niet, zoals bij art. 6:119 BW wel het geval is, abstract begroot aan de hand van een door de wetgever vastgesteld rentepercentage. Onder het vorige burgerlijk wetboek kon vergoeding worden gevorderd voor renteverlies uit een andere oorzaak dan niet-tijdige nakoming van een verbintenis tot betaling van een geldsom. Gesproken werd dan van compensatoire interessen. Het veroorzaakte renteverlies diende dan te worden bewezen.¹¹⁵

Voor de hand ligt wel dat door de te late betaling door de Staat aan Heijmans het krediet later is afgelost met als gevolg dat Sport en Spel grotere renteverplichtingen tegenover Heijmans heeft gekregen. Ook hier rijst dan de vraag of dat gegeven maakt dat Sport en Spel schade leed.¹¹⁶

Indien men aanneemt dat Sport en Spel door de te late betaling door de Staat grotere renteverplichtingen tegenover Heijmans heeft gekregen, acht ik denkbaar dat Sport en Spel, ondanks de faillissementssituatie, compensatoire interessen van de Staat kon vorderen. In dat geval ligt het niet voor de hand om Heijmans een aanspraak op schadevergoeding tegenover de Staat te geven. De Staat diende het renteverlies immers slechts éénmaal te vergoeden en waar de aanspraak hierop door Sport en Spel niet aan Heijmans was overgedragen, terwijl dat wel had

115 Zie hierover nader Asser/Rutten 4-I 1981, p. 223 e.v.

116 Zie nr. 615 over hetzelfde probleem in HR 18 december 1987, *NJ* 1988/439 m.nt. W.C.L. van der Grinten (*Amro/Bromet*).

gekund, heeft Sport en Spel aanspraak op die vergoeding en niet Heijmans.¹¹⁷ Anders dan in *Amro/Bromet* valt bovendien niet goed in te zien waarom Heijmans ten aanzien van het renteverlies voorrang zou dienen te hebben op andere crediteuren van Sport en Spel: het verkregen zekerheidsrecht zag op de hoofdsom van de tot zekerheid overgedragen vordering – en die hoofdsom was door de Staat aan Heijmans betaald – en niet op de rente. Naar ik meen laat zich op deze wijze verklaren dat Heijmans geen aanspraak kreeg op vergoeding van de naar haar verplaatste schade. De omstandigheid dat Sport en Spel de Staat niet heeft aangesproken tot schadevergoeding, maakt dat niet anders. Waar deze aanspraak aan Sport en Spel toekwam, maar zij deze aanspraak niet uitoefent, is dat haar keuze, en is het niet werkelijk onredelijk dat de Staat wegwam zonder de door haar onrechtmatige daad veroorzaakte schade te vergoeden: elke aansprakelijke laedens kan immers weggkomen zonder de veroorzaakte schade te vergoeden indien de claimgerechtigde hem niet aanspreekt tot schadevergoeding.

620. Tot slot verdient opmerking dat in het huidige burgerlijk wetboek het pandrecht in de plaats is gekomen van de figuur van de zekerheidseigendom. De pandhouder verkrijgt op grond van art. 3:229 lid 1 BW een pandrecht op alle vorderingen tot vergoeding die in de plaats van het verbonden goed treden, waaronder begrepen vorderingen ter zake van waardevermindering van het goed.¹¹⁸ Het probleem van de (mogelijke) verplaatsing van schade wordt aldus opgelost door middel van de goederenrechtelijke figuur van de zaaksvervanging.¹¹⁹ Hierop ga ik niet nader in.

15.7 Verplaatsing van verkoper naar koper

15.7.1 *Inleiding*

621. Soms verplaatst schade zich van de rechthebbende op een goed naar degene aan wie dat goed wordt overgedragen. In het hier te bespreken casustype maakt een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis dat een goed beschadigd raakt of anderszins minder waard of minder bruikbaar is. Door de overdracht van het goed verplaatst de schade zich naar de verkrijger ervan. Eerst behandel ik diverse casus waarin een zaak wordt verkocht en overgedragen en schade zich van de verkoper naar de koper verplaatst. Ik vang aan met de behandeling van de vraag of de koper jegens de laedens aanspraak heeft op vergoeding van verplaatste schade indien de verkochte zaak door een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis beschadigd raakt vóór de koop of na de koop maar vóór de levering (§ 15.7.2). Vervolgens behandel ik de vraag of de koper aanspraak heeft op vergoeding van verplaatste schade tegenover degene die de zaak non-conform heeft geleverd aan degene die de zaak op zijn beurt aan de koper heeft verkocht en

117 Hetzelfde verschijnsel zullen wij zien in nr. 623 bij de behandeling van de situatie waarin een zaak vóór de verkoop daarvan door een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis beschadigd raakt: waar de aanspraak op schadevergoeding niet door de verkoper wordt overgedragen, bestaat er geen reden om de verkoper zijn aanspraak op schadevergoeding te laten verliezen ten gunste van de koper naar wie de schade is verplaatst.

118 Het pandrecht komt overigens niet te rusten op hetgeen door inning van die vorderingen wordt ontvangen, zoals door de Hoge Raad geoordeeld in HR 17 februari 1995, *NJ* 1996/471 m.nt. W.M. Kleijn (*Mulder q.q./CLBN*).

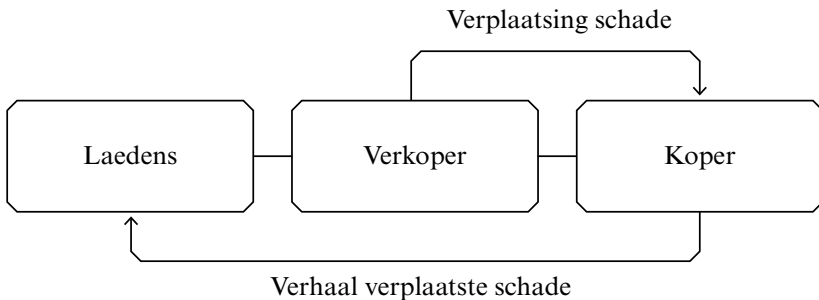
119 Zie over die figuur en haar ratio bijvoorbeeld Spath 2010, p. 113 e.v.

geleverd (§ 15.7.3). Tot slot bespreek ik de verplaatsing van schade in het geval van de overdracht van de uit een vergunning voortvloeiende rechten (§ 15.7.4).

15.7.2 Beschadiging van de verkochte zaak

Inleiding

622. In de hier te bespreken situaties is een zaak door een onrechtmatige daad beschadigd geraakt. Ten gevolge daarvan lijdt de koper van die de zaak schade. De te beantwoorden vraag is of de koper de laedens tot vergoeding daarvan kan aanspreken. De te bespreken schadeverplaatsing en de mogelijke aanspraak op vergoeding van verplaatste schade laat zich als volgt schematisch weergegeven.



Tot uitgangspunt neem ik dat in het geval van een onrechtmatige beschadiging van een zaak de eigenaar van de zaak de laedens kan aanspreken tot vergoeding van schade die abstract begroot kan worden op de waardevermindering die de zaak heeft ondergaan, welke waardevermindering in het algemeen gelijk zal zijn aan de naar objectieve maatstaven berekende herstelkosten.¹²⁰ De eigenaar heeft voorts jegens de laedens in beginsel aanspraak op vergoeding van, concreet te begroten, mogelijk hogere daadwerkelijke herstelkosten en gevolgschade. Bij de beoordeling of de koper van de zaak, naar wie de schade zich heeft verplaatst, jegens de laedens aanspraak op schadevergoeding heeft, is het zinvol het volgende onderscheid te maken. Enerzijds zijn er de situaties waarin de zaak wordt beschadigd *voordat* deze is verkocht. Anderzijds is er het casustype waarin de zaak wordt beschadigd *nadat* deze is verkocht, maar voordat zij is geleverd. Vanzelfsprekend geldt dat in het geval van een onrechtmatige beschadiging van de zaak nadat de zaak is geleverd, de koper, als eigenaar van de zaak, de laedens kan aanspreken en dan geen beroep op de figuur van verplaatste schade nodig is.

Beschadiging vóór verkoop

623. Indien de zaak wordt beschadigd voordat de zaak is verkocht, zal de beschadiging veelal voor de koper kenbaar zijn en tot een lagere koopprijs leiden: de

¹²⁰ Naar vaste rechtspraak van de Hoge Raad, zie onder meer HR 26 oktober 2012, *NJ* 2013/219 m.nt. M.M. Mendel (*Reaal/Athlon*) en HR 10 februari 2017, *NJ* 2017/134 m.nt. S.D. Lindenbergh (*Donata/New India Assurance*).

koper koopt een beschadigde zaak. In het algemeen zal om die reden de schade ten gevolge van de beschadiging zich niet naar de koper verplaatsen omdat de koper een lagere koopprijs bedingt en betaalt. Mogelijk is dat de koper toch schade lijdt, omdat de schade aan de zaak niet volledig in de koopprijs is verdisconteerd, bijvoorbeeld omdat de koper zich niet of onvoldoende van de beschadiging of van de betekenis daarvan bewust is geweest. Illustratief voor een dergelijke situatie is de zaak *Esso/Alberts en Bartol*.¹²¹

Jager was eigenaar van een perceel grond en exploiteerde daarop in samenwerking met Esso een benzinstation. In 1974 werd de exploitatie vanwege een wegverlegging beëindigd. Esso liet alle onder- en bovengrondse technische installaties, waarvan zij eigenaar was, verwijderen. Nadat het perceel in 1979 een woonbestemming had gekregen, werd het in 1985 deels door Alberts en Bartol van de erven Jager gekocht. In de koopovereenkomst werd aansprakelijkheid van de verkoper voor eventuele verborgen gebreken uitgesloten. Toen Alberts de door hem op het perceel gebouwde woning wilde verkopen, bleek zowel de bodem als het grondwater ernstig met olie en vergelijkbare substanties te zijn verontreinigd. Alberts en Bartol spraken Esso aan op de grond dat zij maatschappelijk onzorgvuldig had gehandeld door bij de ontmanteling van de technische installatie van het benzinstation geen maatregelen te nemen tot verwijdering van de bodem- en grondwaterverontreiniging. De rechtbank oordeelde dat ook als Esso jegens Jager om deze reden onrechtmatig had gehandeld, dat niet tevens onrechtmatig is geweest jegens opvolgende eigenaren. Esso behoeft, aldus de rechtbank, immers niet erop bedacht te zijn dat Alberts en Bartol in 1985 het perceel zouden verkrijgen. In hoger beroep voerden Alberts en Bartol ook aan dat op Esso jegens Jager de contractuele plicht rustte om niet alleen de installatie te verwijderen maar ook de grond en het grondwater schoon op te leveren. Het hof oordeelde dat, indien Esso wanprestatie zou hebben gepleegd of onrechtmatig zou hebben gehandeld jegens Jager, zulks was in diens kwaliteit van eigenaar van het perceel. Omdat Alberts en Bartol Jager in diens kwaliteit van eigenaar zijn opgevolgd, was volgens het hof ook jegens hen onrechtmatig gehandeld en/of waren eventuele aanspraken tot schadevergoeding van Jager op Alberts en Bartol van rechtswege overgegaan. Het hof overwoog daarbij dat de schade niet in de koopprijs is verdisconteerd, waardoor Jager geen belang heeft bij haar vordering op Esso. Het hof besloot met de overweging dat niet goed valt in te zien dat een eventuele schadevergoedingsplicht van Esso afhankelijk zou zijn van de toevallige omstandigheid dat het perceel dezelfde eigenaar heeft behouden. De Hoge Raad vernietigde: *“Het oordeel van het hof dat de vordering tot schadevergoeding van [Jager] op Esso van rechtswege is overgegaan op [Alberts en Bartol] getuigt van een onjuiste rechtsopvatting. Zonder een afzonderlijke overdracht, die hier ontbreekt, kunnen verweerders de op onrechtmatige daad gebaseerde vordering immers niet onder bijzondere titel hebben verkregen. Voor zover het hof als zijn oordeel tot uitdrukking heeft gebracht dat de enkele omstandigheid dat Esso in 1974 inbreuk heeft gemaakt op het eigendomsrecht van [Jager] meebrengt dat zij jegens [Alberts en Bartol] heeft gehandeld in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer tegenover deze toekomstige eigenaren van het perceel betaamt, is dat oordeel in zijn algemeenheid onjuist. Niet valt immers in te zien dat en waarom die omstandigheid zonder meer inhoudt dat Esso onzorgvuldig heeft gehandeld tegenover [Alberts en Bartol]. Ook de door het hof in rov. 4.2.5 als relevant aangemerkte omstandigheid dat verweerders ten tijde van de ontdekking van de bodemverontreiniging eigenaar van het perceel waren geworden, biedt*

121 HR 4 april 2005, NJ 2005/445 m.nt. C.J.H. Brunner (*Esso/Alberts en Bartol*).

onvoldoende grond voor dat oordeel.” (rov. 3.6). Na verwijzing diende nog beoordeeld te worden of door Esso jegens Alberts en Bartol een zelfstandige onrechtmatige daad is gepleegd.¹²²

Het hof achtte het in deze zaak kennelijk onbevredigend, om Esso door de enkele verkoop van het perceel door de erven Jager te laten weggkomen zonder de door haar onrechtmatige daad of wanprestatie veroorzaakte schade te vergoeden. Het hof construeerde hierom twee wegen om Alberts en Bartol aanspraak op schadevergoeding te geven: én een door Esso jegens hen gepleegde onrechtmatige daad omdat zij de eigendomspositie van Jager hadden overgenomen én de overgang van rechtswege van Jagers vordering op Esso tot schadevergoeding. Beide wegen sneed de Hoge Raad af: een inbreuk door Esso op het eigendomsrecht van Jager levert niet automatisch een onrechtmatige daad op jegens latere eigenaren en voor de overgang van de schadevergoedingsvordering tegenover Esso is een overdracht door partijen nodig.

624. De door de Hoge Raad gegeven motivering is vooral technisch-juridisch van aard. Mijns inziens laat zijn oordeel zich goed rechtvaardigen. In beginsel geldt mijns inziens in de situatie waarin een door een onrechtmatige daad beschadigde zaak wordt verkocht, dat de koper tegenover de laedens geen aanspraak heeft op vergoeding van naar hem verplaatste schade. De eigenaar/verkoper heeft immers al vóór de verkoop tegenover de laedens aanspraak op de abstract te begroten waardevermindering en/of kosten voor herstel. Wanneer deze aanspraak niet krachtens de koopovereenkomst aan de koper wordt overgedragen, laat zich mijns inziens niet goed rechtvaardigen dat de verkoper geen vergoeding meer kan vorderen van zijn abstract te begroten schade omdat deze schade zich naar de koper heeft verplaatst. Aldus kan de verkoper en niet de koper aanspraak maken op vergoeding van de primaire schade. Indien de koper gevolgschade lijdt, waarop de verkoper niet door middel van abstracte schadebegroting aanspraak kan maken, is het mijns inziens niet onredelijk de laedens te laten weggkomen zonder die schade te vergoeden en is het evenmin onredelijk om de koper een andere positie tegenover de laedens te geven dan de verkoper zou hebben gehad indien deze de gevolgschade zou hebben geleden: omdat de koper de zaak na beschadiging heeft gekocht, had de koper met die beschadiging bekend kunnen zijn. Hierin ligt de reden om de koper een andere positie te geven dan de verkoper. In beginsel valt naar mijn mening niet in te zien waarom de koper van een door onrechtmatige daad beschadigde zaak een gunstiger positie zou dienen te hebben dan een willekeurige andere koper van een achteraf tegenvallende zaak.

Toegepast op de zaak *Esso/Alberts en Bartol* betekent dit het volgende. Indien Esso op grond van onrechtmatige daad of wanprestatie jegens Jager aansprakelijk zou zijn, dan kon Jager zijn schade abstract begroten op de waardevermindering (of de objectieve kosten van een sanering) van het perceel op het moment van de normschendende gedraging. Met de figuur van de vervangende schadevergoeding zou Jager mijns inziens tot eenzelfde schadevergoedingsaanspraak jegens Esso kunnen komen. Deze aanspraken zouden zich dan vanaf 1974 in het vermogen van Jager hebben bevonden. Wanneer niet komt vast te staan dat dergelijke vorderingen bij de verkoop aan Alberts en Bartel zijn overgedragen,

¹²² In de gepubliceerde jurisprudentie heb ik niet kunnen vinden hoe hierover uiteindelijk is geoordeeld.

laat zich mijns inziens ook niet rechtvaardigen om te oordelen dat Jager door de overdracht van het perceel niet langer aanspraak heeft op vergoeding van abstract te begroten schade en die aanspraak, door middel van de figuur van de verplaatste schade, aan Alberts en Bartel toekomt. Omdat Jager aldus aanspraak heeft op vergoeding van de primaire schade, hebben Albert en Bartel deze aanspraak niet.¹²³

Deze situatie ligt subtiel anders dan de in nr. 661 nader te bespreken casus in *Dordrecht/Stokvast*.¹²⁴ In deze zaak saneerde de Staat vrijwillig een perceel dat Stokvast van de gemeente had gekocht. De Hoge Raad oordeelde dat die sanering eraan in de weg stond dat Stokvast van de gemeente door abstracte schadebegroting vergoeding kon vorderen van de objectieve herstelkosten. Omdat de Staat vrijwillig saneerde, diende mijns inziens de weg opengesteld te worden voor een vordering van de Staat op de gemeente op grond van ongerechtvaardigde verrijking en dus te worden geoordeeld dat Stokvast geen aanspraak meer had op vergoeding van de abstract begrote schade. Wanneer een perceel wordt gekocht en aansprakelijkheid van de verkoper voor verborgen gebreken wordt uitgesloten, bestaat mijns inziens juist reden om de verkoper de aanspraak op vergoeding van abstract begrote schade te laten behouden. Zie over de problematiek van abstracte schadebegroting en verplaatste schade nader § 15.8.4.

Mogelijk is dat Alberts en Bartol ook gevolgschade lijden. Alberts had op het gekochte perceel een woning gebouwd. Goed denkbaar lijkt dat ook die woning in de hypothetische situatie zonder de verontreiniging van het perceel een hogere waarde zou hebben gehad dan feitelijk het geval was. Indien Jager een dergelijke woning zou hebben gebouwd, zou hij jegens Esso aanspraak gehad kunnen hebben op vergoeding van de minderwaarde van de woning vanwege het niet wegnemen van de verontreiniging. Voor Alberts en Bartol geldt dat echter niet. Dat deze gevolgschade niet door Esso vergoed hoeft te worden, laat zich mijns inziens erdoor rechtvaardigen dat Albert en Bartol de verontreinigde grond hebben gekocht en kennelijk onvoldoende onderzoek naar deze grond hebben gedaan. Mijns inziens bestaat geen reden Alberts en Bartol een andere positie te geven dan een willekeurige andere koper wiens zaak achteraf tegen blijkt te vallen.

625. Het overdragen van de schadevergoedingsvordering van Jager aan Alberts en Bartol kan mijns inziens overigens niet ertoe leiden dat Alberts en Bartol hun gevolgschade van Esso vergoed zouden kunnen krijgen. Deze overgedragen aanspraak op schadevergoeding heeft immers betrekking op de door Jager geleden schade. De overdracht van de vordering maakt niet dat zij op de door Alberts en Bartel geleden schade betrekking krijgt. Jager heeft, vanwege de overdracht van het perceel, geen gevolgschade geleden. De aanspraak op schadevergoeding van Jager ziet daarom slechts op abstract begrote schade of is een aanspraak op schadevergoeding die in de plaats van de door Esso te leveren prestatie is gekomen.

626. Over het bestaan van een aanspraak van Albert en Bartol jegens Esso kan anders worden gedacht indien sprake is van opzet of grove schuld aan de zijde

123 Zie ook § 15.8.4.

124 HR 28 april 2000, *NJ* 2000/690 m.nt. A.R. Bloembergen (*Dordrecht/Stokvast*).

van Esso.¹²⁵ Wanneer bijvoorbeeld voor Esso duidelijk zou zijn geweest dat zij het perceel diende te saneren maar daarvan bewust heeft afgezien, is het mijns inziens onredelijk om Esso door de overdracht van het perceel te laten wegkomen zonder de veroorzaakte gevolgschade te vergoeden.¹²⁶

Beschadiging na verkoop maar vóór levering

627. Mogelijk is ook dat de zaak wordt beschadigd na verkoop maar vóór levering. De koper koopt dan geen beschadigde zaak, maar krijgt wel een beschadigde zaak geleverd. Wanneer op grond van de rechtsverhouding tussen de koper en verkoper de zaaksbeschadiging voor risico van de koper komt, rijst de vraag of de koper jegens de laedens aanspraak heeft op schadevergoeding. Met Bloembergen¹²⁷ en Du Perron¹²⁸ meen ik dat de koper in het geval van onrechtmatige zaaksbeschadiging de laedens met succes kan aanspreken tot schadevergoeding. Niet zie ik in waarom in het geval van zaaksbeschadiging door een wanprestatie van de laedens iets anders zou gelden.¹²⁹ Mijns inziens bestaat verder geen reden om over gevolgschade van de koper anders te oordelen dan over de primaire schade.

In deze situatie doet zich, evenals bij het geval van beschadiging vóór verkoop, de complicatie van de abstracte schadebegroting voor: de verkoper verkrijgt immers op het moment van de beschadiging een aanspraak jegens de laedens op vergoeding van de waardevermindering van de zaak. Indien de beschadiging eerst plaatsvindt na het sluiten van de koopovereenkomst, is het mijns inziens redelijk om te oordelen dat de overdracht van de zaak de aanspraak op vergoeding van de abstracte begrote schade van de verkoper teniet doet gaan. Het is dan aan de koper om vergoeding van de waardevermindering van de zaak te vorderen. Niet valt naar mijn mening in te zien waarom de verkoper deze aanspraak zou moeten behouden.¹³⁰

Een belangrijke categorie zaken van dit casustype wordt gevormd door casus waarin verkochte zaken worden vervoerd. Na de verkoop geeft de verkoper een vervoerder opdracht om de verkochte zaak naar een door de koper gewenste bestemming te vervoeren. Tijdens het vervoer raakt de zaak door een fout van de vervoerder beschadigd. Veelal hebben verkoper en koper contractueel het risico van zo'n beschadiging bij de koper gelegd. In enkele oudere uitspraken is aangenomen dat de koper op grond van onrechtmatige daad aanspraak heeft op schadevergoeding jegens de vervoerder.¹³¹ Indien door de vervoerder een cognossement is afgegeven, heeft op grond van art. 8:441 lid 1 BW alleen de recht- en regelmatig houder daarvan recht op aflevering van de

125 Du Perron 1999, nr. 337 acht ook de ernst van de wanprestatie in dit kader van belang; Van Kogelenberg 2013, p. 113 meent in het algemeen dat opzettelijke wanprestatie leidt tot ruimere remedies voor de schuldeiser waardoor ook voor de hand ligt dat derden ruimere mogelijkheden kunnen hebben.

126 Vgl. ook HR 24 maart 2006, *NJ* 2007/377 m.nt. C.J.H. Brunner (*Geldermalsen/Plameco*).

127 Bloembergen 1965, nr. 189.

128 Du Perron 1999, nr. 138.

129 Zie ook § 15.9.3 waarin ik betoog dat de relatieve werking van overeenkomsten niet eraan in de weg staat om een derde een aanspraak op vergoeding van verplaatste schade jegens de schuldenaar toe te kennen.

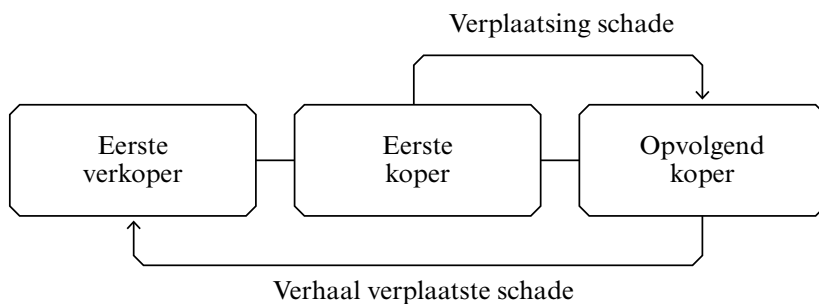
130 Zie over deze problematiek van abstracte schadebegroting en verplaatste schade in het algemeen § 15.8.4.

131 Hof Amsterdam 20 juli 1961, *S&S* 1962/11; Hof Den Haag 21 oktober 1964, *S&S* 1966/12. Vgl. Unberath 2003, p. 117 t/m 141 voor vergelijkbare casus onder het Engelse recht. In het Duitse recht kan hier *Drittschadensliquidation* (zie hierover ook nr. 558) plaatsvinden, zie Lange & Schiemann 2003, p. 471.

lading. In *Brouwersgracht*¹³² heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de recht- en regelmatig houder van het cognossement een exclusieve aanspraak op schadevergoeding toekomt, daaraan toevoegend dat “*anderen dan de regelmatige cognossementhouder geen aanspraak jegens de vervoerder hebben op vergoeding van schade aan onder het cognossement vervoerde goederen*”. De Hoge Raad baseert deze regel op “*het belang van de vervoerder zekerheid te hebben omtrent de identiteit van zijn wederpartij bij de vervoerovereenkomst, zodat hij zich niet behoeft te begeven in de voor hem veelal niet of moeilijk te beantwoorden vraag wie als de rechthebbende heeft te gelden*”. Deze formulering en ratio lijken mij in het geval van vervoer onder cognossement weinig ruimte te laten voor een aanspraak op schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad van een ander dan de recht- en regelmatig houder van het cognossement.¹³³

15.7.3 Non-conforme levering aan verkoper

628. In het tweede hier te behandelen casustype is sprake van een keten van koopovereenkomsten. Een eerste verkoper verkoopt een zaak aan een eerste koper, die de zaak op zijn beurt doorverkoopt aan een opvolgende koper. De eerste verkoper schiet tekort in de nakoming van zijn leveringsverplichting jegens de eerste koper. De opvolgende koper is daardoor in een slechtere situatie dan waarin hij zou hebben verkeerd indien de eerste verkoper niet zou zijn tekortgeschoten. De vraag rijst dan of hij tegenover de eerste verkoper aanspraak heeft op vergoeding van naar hem verplaatste schade. Deze schadeverplaatsing en de mogelijke aanspraak op vergoeding van verplaatste schade laat zich schematisch als volgt weergegeven.



Bij de beantwoording van de vraag of de opvolgende koper jegens de eerste verkoper aanspraak heeft op vergoeding van verplaatste schade, is het zinvol om onderscheid te maken tussen enerzijds de situatie waarin geen sprake is van tekortschieten van de eerste koper jegens de opvolgende koper en anderzijds de situatie waarin de eerste koper op dezelfde wijze tekortschiet als de eerste verkoper.

132 HR 8 november 1991, *NJ* 1993/609 m.nt. J.C. Schultsz (*Brouwersgracht*), herhaald in HR 21 januari 2000, *NJ* 2000/533 m.nt. K.F. Haak (*Hudsongracht*) en HR 19 december 2003, *S&S* 2006/61 (*Isla de la Plata*). In dezelfde zin voor gecombineerd vervoer art. 8:51 lid 1 BW.

133 Kritisch over deze beperking is Spanjaart 2012, o.m. p. 125 die erop wijst dat het probleem dat de vervoerder onvoldoende zekerheid heeft over aan wie hij schadevergoeding zou moeten betalen, zich in de praktijk niet voor doet.

629. Indien geen sprake is van tekortschieten van de eerste koper tegenover de opvolgende koper, is mijns inziens in beginsel geen plaats voor een directe aanspraak van de opvolgende koper jegens de eerste verkoper.¹³⁴ Hiervoor gelden dezelfde twee redenen als in de situatie van zaaksbeschadiging vóór verkoop.¹³⁵ In de eerste plaats zal de eerste koper aan wie non-conform geleverd wordt, zijn schade in het algemeen abstract kunnen begroten op het waardeverschil tussen de (niet-)geleverde en de conforme prestatie op de dag waarop geleverd had dienen te worden en/of aanspraak hebben op vervangende schadevergoeding van een vergelijkbare omvang.¹³⁶ Wanneer door de eerste koper conform aan de opvolgende koper is geleverd, bestaat mijns inziens onvoldoende grond om te oordelen dat de eerste koper deze aanspraak op de eerste verkoper niet meer zou hebben omdat de schade zich naar de opvolgende koper heeft verplaatst. De eerste koper is immers niet tekortgeschoten tegenover de opvolgende koper en de opvolgende koper heeft kennelijk nagelaten om de te leveren zaak in de overeenkomst nader te specificeren. Ook gevolgschade die verplaatst is naar de opvolgende koper komt mijns inziens niet voor vergoeding in aanmerking: de opvolgende koper zou anders een niet te rechtvaardigen voordeel verkrijgen ten opzichte van een willekeurige koper die door de gekochte zaak is teleurgesteld maar geen aanspraak heeft op de verkoper. De opvolgende koper had in de koopovereenkomst de te leveren zaak nader kunnen specificeren, zodat wel sprake zou zijn van een non-conforme levering door de eerste koper, maar heeft dat nagelaten. Om die reden is het redelijk de eerste verkoper te laten weggelaten worden zonder de gevolgschade te vergoeden en is het eveneens redelijk om de opvolgende koper een andere positie te geven dan de eerste koper.

630. Indien wel sprake is van tekortschieten door de eerste koper, dan kan de opvolgende koper de eerste koper aanspreken tot vergoeding van de door die tekortkoming veroorzaakte schade. De eerste koper kan dan de eerste verkoper aanspreken, die verondersteld wordt tekortgekomen te zijn. Op deze manier kan een keten van verhaalsvorderingen ontstaan, die terugleidt naar de eerste verkoper.¹³⁷ Wanneer eerdere verkopers in beroep of bedrijf handelden, kan dit terugleiden niet contractueel worden belemmerd: art. 7:25 BW bepaalt dan dwingend-rechtelijk dat een verkoper, op wie een koper ten gevolge van een tekortkoming geleden schade heeft verhaald, verhaal daarvoor kan nemen op degene die de zaak aan hem heeft verkocht. Aldus vervalt een van de twee pijlers waarmee de aanspraak op vergoeding van verplaatste schade zich laat rechtvaardigen: de eerste verkoper komt door het contractueel terugleiden van de schade niet meer weg zonder de schade te vergoeden. Heeft niettemin de opvolgende koper ook direct jegens de eerste verkoper aanspraak op schadevergoeding? Naar ik meen kan als hoofdregel worden geformuleerd dat de opvolgende koper geen directe aanspraak op de eerste verkoper heeft, omdat de contractuele weg kan en dient te worden gevolgd.¹³⁸ Een dergelijke directe aanspraak op de eerste verkoper is niet

134 Zo ook Tjong Tjin Tai 2008, p. 115 en tevens ook het Duitse recht, zie Lange & Schiemann 2003, p. 476.

135 Zie nr. 655.

136 Zie HR 28 januari 1977, NJ 1978/174 (*Pootaardappelen*) en HR 26 april 2002, NJ 2004/210 m.nt. J. Hijma (*Sparrow/Van Beukering*).

137 Vgl. HR 27 juni 2008, NJ 2010/83 (*Moerings/Mol*).

138 Zie nader § 15.8.5.

nodig omdat de opvolgende koper verhaal heeft op de eerste koper. Bovendien is de overzichtelijkheid van het recht ermee gediend als het geschil langs deze contractuele weg wordt opgelost.

Mededelingen die door de eerste koper aan de eerste verkoper zijn gedaan ter zake van ingebrekestelling zouden bijvoorbeeld ook van belang zijn voor het bestaan en de omvang van een aanspraak van de opvolgende koper tegenover de eerste verkoper. In het geval van een omzettingverklaring in de zin van art. 6:87 BW van de opvolgende koper of de ontbinding van de opvolgende koopovereenkomst door de opvolgende koper, valt verder ook niet in te zien waarom de eerste verkoper voor de in verband hiermee te vorderen schadevergoeding aansprakelijk zou zijn.

Eerder zagen wij in *Wierts/Visseren*¹³⁹ ook dat een opdrachtgever bij het tekortschieten van een onderaannemer de aannemer dient aan te spreken en de opdrachtgever in beginsel geen directe aanspraak tegenover de onderaannemer heeft. Anders lag dit in *Friesland/Salverda*,¹⁴⁰ waar de mogelijkheid van de huurder om de verhuurder tot schadevergoeding aan te spreken, niet afdeed aan de directe aanspraak van de huurder tegenover de laedens. In § 15.8.5 bespreek ik meer in het algemeen de betekenis van de aanspraak op schadevergoeding van de gelaedeerde derde op de claimgerechtigde voor het bestaan van de aanspraak van de gelaedeerde derde op vergoeding van verplaatste schade tegenover de laedens.

631. Mogelijk is ook dat de eerste verkoper de producent van de zaak is. In dat geval kan de eerste verkoper mogelijk door de opvolgende koper als producent worden aangesproken via de regeling van productaansprakelijkheid van art. 6:185 e.v. BW of via het productaansprakelijkheidsregime zoals dat in ongeschreven zorgvuldigheidsnormen besloten ligt.¹⁴¹ Indien sprake is van een consumentenkoop, de zaak gebrekkig is in de zin van de regeling van productaansprakelijkheid (art. 6:185 e.v. BW) en het gaat om schade die op grond van die regeling door de producent vergoed dient te worden (art. 6:190 BW), is de eerste koper op grond van art. 7:24 lid 2 BW in beginsel niet aansprakelijk en dient de opvolgend koper, de consument, zich tot de producent te wenden.¹⁴² De wet geeft in art. 7:24 lid 2 BW een eigen, genuanceerde, regeling ter bepaling of de consument de producent of de verkoper tot schadevergoeding kan aanspreken. In de regeling van productaansprakelijkheid komt schade aan het product zelf niet voor vergoeding in aanmerking (art. 6:190 BW). Algemeen wordt aangenomen dat hetzelfde geldt voor het productaansprakelijkheidsregime volgens ongeschreven zorgvuldigheidsnormen.¹⁴³ Men kan dat beschouwen als uitwerking van het doel van de door de producent geschonden norm: deze mag het product niet in het verkeer brengen juist omdat het verdere schade kan veroorzaken. Productaansprakelijk-

139 HR 20 januari 2012, *NJ* 2012/59 (*Wierts/Visseren*), zie nader § 15.3.

140 HR 4 maart 1955, *NJ* 1955/301 (*Friesland/Salverda*), zie nader § 15.5.

141 HR 6 december 1996, *NJ* 1997/219 (*Du Pont/Hermans*); HR 22 oktober 1999, *NJ* 2000/159 m.nt. A.R. Bloembergen (*Koolhaas/Rockwool*); HR 4 februari 2011, *NJ* 2011/69 (*Amlin/Deutz*); HR 13 januari 2017, *NJ* 2017/48 (*Daf/Achmea*).

142 Tenzij, zo bepaalt art. 7:24 lid 2 BW, de verkoper het gebrek kende of behoorde te kennen, de verkoper de afwezigheid van het gebrek heeft toegezegd of vanwege de franchise in de regeling van productaansprakelijkheid geen aanspraak op vergoeding bestaat.

143 Du Perron 1999, nr. 329 en Duyvensz 2010, p. 659 e.v.

heid heeft een zekere verwantschap met aansprakelijkheid voor verplaatste schade. Het verschil ligt erin dat in het geval van productaansprakelijkheid de geldende normen strekken tot bescherming tegen schade die ontstaat bij het gebruik van het product, en de afnemer van de producent doorgaans niet dergelijke schade lijdt, terwijl bij de figuur van de verplaatste schade de geschonden norm strekt tot het beschermen tegen schade van de afnemer, maar die schade zich verplaatst naar een latere gebruiker.¹⁴⁴

15.7.4 *Onrechtmatige daad ten aanzien van een overgedragen bouwvergunning*

632. In het derde te bespreken casustype zijn de uit een vergunning voortvloeiende rechten aan een derde overgedragen. Door het maken van een fout bij de vergunningverlening pleegt een overheidsinstantie een onrechtmatige daad jegens de aanvrager van de vergunning. De aanvrager heeft op die grond aanspraak op schadevergoeding jegens die overheidsinstantie. Het is echter de derde, aan wie de uit de vergunning voortvloeiende rechten zijn overgedragen, die gebruik maakt van de vergunning en ten gevolge van de onrechtmatige daad schade lijdt. Heeft de derde jegens de gemeente aanspraak op schadevergoeding? In de zaak *Gemeente Haarlemmerliede/Walbron*¹⁴⁵ lag een dergelijke situatie voor.

P. v.d. Wal IJsunie B.V. diende bij de gemeente Haarlemmerliede een aanvraag voor een bouwvergunning in die nodig was om te Halfweg, op een perceel dat door Walbron B.V. van de gemeente werd gehuurd, een restaurant annex theehuis op te richten. De natuurlijke persoon Van der Wal was, samen met een compagnon, oprichter van Walbron. Omdat het door Walbron gehuurde perceel bestemd was voor een opslagloods, was voor de verlening van de bouwvergunning een wijziging van het bestemmingsplan nodig. Op 28 augustus 1990 besloot de gemeenteraad dat voor het perceel een herziening van het bestemmingsplan werd voorbereid (art. 21 lid 1 WRO) met inwerkingtreding op 6 september 1990. Op 6 november 1990 verleenden Gedeputeerde Staten van de provincie Noord-Holland hiervoor een verklaring van geen bezwaar (art. 19 WRO en art. 50 lid 8 Woningwet). Het voorbereidingsbesluit had een geldigheid van slechts één jaar na 6 september 1990. De compagnon van Van der Wal drong er op 16 juli 1991 bij de gemeente op aan dat nog vóór het verstrijken van die termijn de bouwvergunning zou worden verleend. Burgemeester en wethouders verleenden echter pas op 26 september 1991 de bouwvergunning, net een paar weken na het vervallen van de geldigheid van het voorbereidingsbesluit. Op grond van dit formele gebrek schorste de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State op verzoek van omwonenden op 26 november 1991 de werking van de vergunning. Nadat vervolgens nogmaals door de gemeenteraad een voorbereidingsbesluit was genomen en door Gedeputeerde Staten een verklaring van geen bezwaar daarvoor was afgegeven, werd deze schorsing op 16 april 1992 opgeheven. Op 12 oktober 1991 zijn bij onderhandse akte door P. v.d. Wal IJsunie B.V. alle uit de bouwvergunning voortvloeiende rechten en verplichtingen aan Walbron overgedragen. Walbron leed door de schorsing van de bouwvergunning schade, omdat de bouw van het restaurant annex theehuis hierdoor maanden stil was gelegd. Op de grond dat het afgeven van de bouwvergunning onrechtmatig was, vorderde Walbron vergoeding van deze schade. Het hof wees de vordering toe op de grond dat ook deze schadevergoedingsvordering aan

144 Zie nader over dit verschil nr. 681.

145 HR 25 juni 2004, NJ 2004/605 (*Haarlemmerliede/Walbron*). Vgl. voor een andere casus met door een onrechtmatig besluit veroorzaakte verplaatste schade HR 12 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1899 (*X/Gilze en Rijen*).

Walbron was gecedeerd. De Hoge Raad vernietigde: *“Het onrechtmatig handelen dat Walbron aan haar vordering ten grondslag heeft gelegd, heeft plaatsgevonden vóór 12 oktober 1991. Indien dit handelen inderdaad tot een vordering tot schadevergoeding jegens de Gemeente heeft geleid, is deze vordering derhalve vóór 12 oktober 1991 ontstaan en kwam zij toe aan de aanvrager van de vergunning. Anders dan het hof heeft aangenomen, kan zij niet worden aangemerkt als een uit de bouwvergunning voortvloeiend recht, noch als een venenrecht dat van rechtswege overgaat op de verkrijger van het recht op de bouwvergunning.”*

Walbron baseerde in deze zaak haar aanspraak op schadevergoeding niet op de figuur van verplaatste schade, maar op een overdracht van een vordering tot schadevergoeding. De Hoge Raad oordeelde dat van zo'n overdracht geen sprake was.¹⁴⁶ Mijns inziens zou zelfs als deze overdracht wel had plaatsgevonden, dat Walbron geen soelaas hebben geboden. De vordering tot schadevergoeding heeft namelijk, ook na de overdracht ervan, betrekking op de door de aanvrager van de vergunning geleden schade en niet op de schade van Walbron. Omdat de aanvrager van de vergunning geen schade lijkt te hebben geleden, zou Walbron ook als deze vordering wel aan haar zou zijn overgedragen, daaraan niets hebben gehad.

Op grond van de figuur van de verplaatste schade zou Walbron naar mijn oordeel wel tegenover de gemeente aanspraak op vergoeding van haar schade dienen te hebben. Het zou mijns inziens niet redelijk zijn de gemeente te laten weggkomen zonder de schade te vergoeden op de grond dat een andere vennootschap dan de aanvrager van de vergunning het restaurant annex theehuis zou oprichten en exploiteren. Temeer niet omdat Walbron gelieerd was aan de aanvrager. Ook valt mijns inziens niet in te zien waarom Walbron een andere positie tegenover de gemeente zou moeten hebben dan de aanvrager. Het gegeven dat kennelijk de totstandkoming van de overdrachtstitel en de overdracht zelf van de uit de vergunning voortvloeiende rechten heeft plaatsgevonden na de onrechtmatige daad van de gemeente, maakt dat mijns inziens niet anders.¹⁴⁷

In deze situatie ligt dat anders dan het in nr. 623 besproken geval van de koop en levering van een zaak die al vóór de koop beschadigd is. Dáár maakt het gegeven dat de koper kennelijk onvoldoende onderzoek naar de zaak heeft gedaan dat zich laat rechtvaardigen om haar een andere positie tegenover de laedens te geven dan de verkoper. Bij de overdracht van een vergunning laat zich door de vergunningverlener minder goed aan de verkrijgende partij tegenwerpen dat onvoldoende de deugdelijkheid van de te verkrijgen vergunning is onderzocht.

Ook het gegeven dat de onrechtmatige daad plaatsvond op een moment dat Walbron kennelijk nog niet in beeld was, doet er mijns inziens niet aan af dat de redelijkheid verlangt Walbron de aanspraak op vergoeding van verplaatste schade te geven.

146 Merkwaardigerwijs baseerde hij dat oordeel erop dat de vordering vóór 12 oktober 1991 was ontstaan. Op 12 oktober 1991 had de aanvrager van de vergunning nog geen schade geleden (terwijl ook geen toekomstige schade te verwachten viel). Waar van schade geen sprake was, en dus niet voldaan was aan alle vereisten van art. 6:162 BW, valt niet in te zien waarom de vordering tot schadevergoeding al zou bestaan.

147 Denkbaar zou eventueel zijn om Walbron met de aanvrager overeen te laten komen dat zij haar schade op de aanvrager zou kunnen verhalen; de aanvrager zou dan waarschijnlijk deze schade op de gemeente kunnen verhalen. Wanneer Walbron hiertoe niet overgaat zou men kunnen zeggen dat zij het ontbreken van verhaalsmogelijkheden aan zichzelf heeft te wijten. Bij de in dit hoofdstuk besproken casus weegt dit argument terecht vrijwel steeds minder zwaar dan de onredelijkheid van het de dans ontspringen door de laedens.

15.8 De voorwaarden voor de aanspraak op vergoeding van verplaatste schade

15.8.1 *Inleiding*

633. Na de behandeling in het voorgaande van diverse verschillende gevallen van verplaatste schade, is het nu tijd om meer in abstracto de voorwaarden te formuleren waaronder de redelijkheid verlangt dat een gelaedeerde derde tegenover de laedens aanspraak heeft op vergoeding van de naar hem verplaatste schade. Bij deze bespreking neem ik tot uitgangspunt dat indien de redelijkheid zo'n aanspraak verlangt, in ons flexibele wettelijke systeem steeds ook mogelijk is zo'n aanspraak te construeren. De wijze waarop een aanspraak van een gelaedeerde derde tegenover de laedens tot vergoeding van verplaatste schade geconstrueerd kan worden, bespreek ik in § 15.9.

Naar ik meen, hangt het op een tamelijk genuanceerde wijze van diverse omstandigheden af of aan een gelaedeerde derde zo'n aanspraak op vergoeding van verplaatste schade dient toe te komen. Noodzakelijk voor het bestaan van de aanspraak van de gelaedeerde derde op de laedens is allereerst dat aan een tweetal ingangsvoorwaarden is voldaan: ten eerste dient de laedens jegens de claimgerechtigde aansprakelijk te zijn en ten tweede dient de laedens, in de situatie waarin de door de gelaedeerde geleden schade voor rekening van de claimgerechtigde zou zijn gekomen, gehouden te zijn deze schade aan de claimgerechtigde te vergoeden (§ 15.8.2). Als aan deze twee ingangsvoorwaarden is voldaan, dan spreek ik van verplaatste schade.¹⁴⁸ Voor het bestaan van een aanspraak van de gelaedeerde derde tegenover de laedens op vergoeding van deze verplaatste schade is vervolgens noodzakelijk dat de gelaedeerde derde op toereikende wijze een positie van de claimgerechtigde heeft overgenomen (§ 15.8.3). Diverse factoren kunnen verder maken dat aan de gelaedeerde derde juist geen aanspraak tegenover de laedens toekomt: de claimgerechtigde kan door middel van abstracte schadebegroting zelf vergoeding van de verplaatste schade van de laedens vorderen (§ 15.8.4); de gelaedeerde derde heeft tegenover de claimgerechtigde aanspraak op vergoeding van zijn schade (§ 15.8.5); of er is sprake van samenloop met een bijzondere wettelijke regeling die ziet op het bestaan van een aanspraak van de gelaedeerde derde op vergoeding van de verplaatste schade (§ 15.8.6).

15.8.2 *Ingangsvoorwaarden: de aanspraak van de claimgerechtigde*

634. De aanspraak van de gelaedeerde derde op vergoeding van naar hem verplaatste schade is gebaseerd op en afgeleid van de aansprakelijkheid van de laedens tegenover de claimgerechtigde. De reden om de gelaedeerde derde een aanspraak op vergoeding van naar hem verplaatste schade te geven, is immers dat het niet redelijk zou zijn om de laedens weg te laten komen door de omstandigheid dat de schade niet voor rekening van de claimgerechtigde is gekomen maar voor rekening van de gelaedeerde derde en het evenmin redelijk zou zijn om de

148 Zie ook nr. 584.

gelaedeerde derde een andere positie tegenover de laedens te geven dan de claimgerechtigde zou hebben gehad indien de schade hem zou hebben getroffen.

635. Twee ingangsvoorwaarden voor het bestaan van de aanspraak van de gelaedeerde derde tegenover de laedens op vergoeding van verplaatste schade vloeien uit het voorgaande voort. In de eerste plaats dient de gebeurtenis ten gevolge waarvan de gelaedeerde derde de schade heeft geleden, een gebeurtenis te zijn waarvoor de laedens tegenover de claimgerechtigde aansprakelijk is. In de tweede plaats dient de claimgerechtigde, indien de door de gelaedeerde derde geleden schade hem zou hebben getroffen, jegens de laedens aanspraak te hebben op vergoeding daarvan. De eerste voorwaarde betreft de situatie zoals zij is; de tweede voorwaarde ziet op een deels hypothetische situatie.

Ook in de regelingen van art. 6:107, 6:107a en 6:108 BW bestaat een aanspraak van de gelaedeerde derde slechts als aan deze beide voorwaarden is voldaan. Het afgeleide karakter van de door deze bepalingen geregelde aanspraak maakt dat voor het bestaan van een aanspraak van de derde steeds de laedens jegens de claimgerechtigde, rechtstreeks getroffene aansprakelijk dient te zijn.¹⁴⁹ Art. 6:107 BW stelt daarnaast uitdrukkelijk de voorwaarde dat als de rechtstreeks getroffene de door de gelaedeerde derde gemaakte kosten zelf zou hebben gemaakt, de laedens deze had dienen te vergoeden. In art. 6:107a en 6:108 BW ligt in de aard van de regeling besloten dat aan de tweede voorwaarde voldaan is: wanneer de claimgerechtigde rechtstreeks getroffene zelf schade zou lijden doordat hij vanwege de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis zijn arbeidsvermogen niet meer of in mindere mate kan inzetten, heeft hij in beginsel aanspraak op vergoeding daarvan.¹⁵⁰

636. De tweede voorwaarde brengt mee dat de laedens zich tegenover de gelaedeerde derde op dezelfde verweermiddelen kan beroepen als die hem tegenover de claimgerechtigde ten dienste zouden hebben gestaan in de situatie waarin de schade door claimgerechtigde zou zijn geleden. Overigens kan de laedens zich bovendien op specifieke verweren jegens de gelaedeerde derde beroepen. Dit kan tot een stapeling van verweermiddelen leiden, bijvoorbeeld omdat zowel de claimgerechtigde als de gelaedeerde derde onafhankelijk van elkaar eigen schuld hebben aan de door de gelaedeerde derde geleden verplaatste schade.

15.8.3 De overgenomen positie

Inleiding

637. Voor het bestaan van een aanspraak van de gelaedeerde derde tegenover de laedens op vergoeding van verplaatste schade is *noodzakelijk* dat aan deze twee ingangsvoorwaarden is voldaan; *voldoende* voor het bestaan van deze aanspraak is dat echter niet. Soms kan namelijk de omstandigheid dat de schade zich naar een gelaedeerde derde heeft verplaatst, reden zijn de schade bij deze gelaedeerde derde te laten.

149 Zie § 13.2.2.

150 Zie § 13.2.3.

Dat niet steeds voldoende is dat aan de ingangsvoorwaarden wordt voldaan, blijkt bijvoorbeeld uit de in nr. 566 besproken casus. Ook de regelingen van art. 6:107, 6:107a en 6:108 BW stellen aanvullende voorwaarden.¹⁵¹ Ook Bloembergen stelde hogere eisen dan deze twee ingangsvoorwaarden: volgens hem bestond de aanspraak op vergoeding van verplaatste schade slechts waar de claimgerechtigde doorgaans, bij normaaltypisch verloop, de schade lijdt.¹⁵²

638. Wat maakt ervan uitgaande dat aan de twee ingangsvoorwaarden is voldaan, dat het redelijk is de laedens wel of juist niet vrijuit te laten gaan en welke omstandigheden doen redelijk zijn de gelaedeerde derde evenals de claimgerechtigde wel een aanspraak op schadevergoeding te geven, of dat juist niet te doen? Naar mijn mening zijn twee factoren van belang; dezelfde twee factoren die in het algemeen van belang bleken bij de verruiming van de strekking van normen op grond van de redelijkheid.¹⁵³ In de eerste plaats is van belang de gelijkens tussen de positie van de gelaedeerde derde en de claimgerechtigde. Van belang is in de tweede plaats of meer in het algemeen dezelfde schade op eenzelfde wijze rechtmatig aan de gelaedeerde derde kan worden toegebracht. Naarmate de gelijkens tussen genoemde posities groter is, bestaat meer reden om de laedens niet weg te laten komen en de gelaedeerde derde eenzelfde aanspraak op schadevergoeding te geven als de claimgerechtigde zou hebben gehad indien de schade hem zou hebben getroffen. Naarmate meer in het algemeen dezelfde schade op eenzelfde wijze rechtmatig aan de gelaedeerde derde kan worden toegebracht, bestaat meer reden om de laedens weg te laten komen en de gelaedeerde derde, anders dan de claimgerechtigde, geen aanspraak op schadevergoeding tegenover de laedens te geven. Deze twee factoren laten zich mijns inziens doorgaans goed samenbrengen in de voorwaarde dat de gelaedeerde op toereikende wijze een positie van de claimgerechtigde heeft overgenomen. Wat ik daaronder versta bespreek ik in het navolgende.

Het door een gelaedeerde derde overnemen van een positie van de claimgerechtigde

639. De notie van het overnemen van een positie laat zich illustreren aan de hand van de situatie van middellijke vertegenwoordiging. In deze situatie handelt de vertegenwoordiger (de claimgerechtigde) in eigen naam met zijn wederpartij (de laedens). De rechtsgevolgen van dit handelen treffen hierom in beginsel slechts de vertegenwoordiger. De feitelijke of economische gevolgen komen echter, door de vertegenwoordigingsrelatie, van meet af aan en (vrijwel) volledig voor rekening van de vertegenwoordigde (de gelaedeerde derde). In *Kribbebijter*¹⁵⁴ heeft de Hoge Raad aanvaard dat in het geval van wanprestatie van de wederpartij, de middellijk vertegenwoordiger van de wederpartij vergoeding kan vorderen van de schade die de vertegenwoordigde ten gevolge hiervan heeft geleden. In het huidige wetboek is de mogelijkheid van de middellijk vertegenwoordiger om vergoeding te vorderen van de schade van zijn achterman in art. 7:419 BW vastgelegd. De verweermiddelen die de wederpartij tegenover de middellijk verte-

151 Zie § 13.2.2.

152 Zie § 15.2.1.

153 Zie § 8.3.

154 HR 11 maart 1977, NJ 1977/521 m.nt. G.J. Scholten (*Kribbebijter*).

genwoordiger heeft, gelden op grond van deze bepaling ook de door de achterman geleden schade.

Kennelijk wordt deze mogelijkheid van de middellijk vertegenwoordiger om vergoeding te vorderen van de door de achterman geleden schade, zodanig vanzelfsprekend geacht dat in de literatuur aan de ratio hiervan vrijwel geen aandacht besteed wordt.¹⁵⁵ Uitzondering zijn Du Perron, die schrijft dat “*de wederpartij zou (...) profiteren van de omstandigheid dat de schade in de rechtsverhouding tussen de middellijk vertegenwoordigen en de principaal voor rekening van deze laatste komt. Daarmee heeft zij evenwel niets te maken: in het normale geval zou haar contractspartner de schade hebben geleden, zodat zich toevallige schadeverplaatsing voordoet*”,¹⁵⁶ en Tjong Tjin Tai die schrijft dat als deze mogelijkheid niet zou bestaan “[d]it (...) tot het merkwaardige gevolg [zou] leiden dat de schade uit wanprestatie onvergoed bleef”.¹⁵⁷ Beide auteurs brengen in wezen de ratio voor het geven van een aanspraak op vergoeding van verplaatste schade naar voren.

De in dit hoofdstuk uit te werken algemene regels van verplaatste schade zijn naar mijn mening niet van toepassing in het geval van middellijke vertegenwoordiging: de wettelijke regeling van art. 7:419 e.v. BW heeft exclusieve werking.¹⁵⁸ Niettemin is bij de ontwikkeling van de algemene figuur van de verplaatste schade deze regeling wel van belang omdat zij mijns inziens een illustratief archetype biedt van een positie die overgenomen wordt.¹⁵⁹ De overgenomen positie is het partij zijn bij de overeenkomst. Die positie wordt, zo zou men kunnen zeggen, niet in juridische zin overgenomen (dan zou van contractsovername sprake zijn), maar in feitelijke zin. Dit overnemen gebeurt vóór het plaatsvinden van de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis, volledig en, voor de claimgerechtigde (de middellijk vertegenwoordiger) en de gelaedeerde derde (de achterman), welbewust, maar hoeft bij de laedens (de wederpartij) niet bekend te zijn. Het is dit overnemen dat maakt dat de claimgerechtigde niet of nauwelijks nog wordt getroffen door de gevolgen van wanprestatie, maar de gelaedeerde derde wel. Door dit overnemen is sprake van een grote mate van gelijkens tussen de positie van de gelaedeerde derde en de claimgerechtigde. Tegelijkertijd laten zich niet goed situaties denken waarin dezelfde schade op eenzelfde wijze rechtmatig aan de gelaedeerde derde kan worden toegebracht. Deze omstandigheden maken dat wanneer de laedens tegenover de claimgerechtigde aansprakelijk is, en de laedens de schade had dienen te vergoeden indien zij door de claimgerechtigde zou zijn geleden, het niet redelijk zou zijn de laedens te laten wegblijven zonder de schade te vergoeden en de schade van de gelaedeerde derde onvergoed te laten.¹⁶⁰

155 Asser/Kortmann 3-III 2017, nr. 106 geeft hiervoor geen verklaring, Meijer 1999 en Busch 2002 besteden hier in hun dissertaties geen aandacht aan.

156 Du Perron 1999, nr. 60.

157 Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2018, nr. 252.

158 Zie over de samenloop van de algemene regels van verplaatste schade met bijzondere wettelijke regelingen nader § 15.8.6.

159 Vgl. ook Unberath 2003, p. 186 die wijst op “*the significance of agency reasoning*” voor de figuur van verplaatste schade. In de Duitse doctrine is middellijke vertegenwoordiging verder een van de standaardgevallen van *Drittschadensliquidation*. Ook Du Perron 1999, nr. 349, 350 legt verband tussen de verplaatsing van schade in HR 3 mei 1946, *NJ* 1946/323 (*Staat/Degens*) en middellijke vertegenwoordiging; zie nr. 587 hiervoor.

160 In § 15.8.6 wordt nader besproken waarom de aanspraak op schadevergoeding in eerste instantie aan de claimgerechtigde/middellijk vertegenwoordiger toekomt in plaats van aan de derde.

640. In de in § 15.3 t/m 15.7 behandelde casus van verplaatste schade, heeft de gelaedeerde derde steeds op eenzelfde wijze een positie van de claimgerechtigde overgenomen. In het geval van een overeenkomst van aanneming kan de opdrachtgever de positie van de aannemer bij door de aannemer met leveranciers en onderaannemers gesloten overeenkomsten overnemen, waardoor het belang bij de nakoming door de leverancier of de onderaannemer (grotendeels) bij de opdrachtgever komt te liggen (§ 15.3). Wanneer de claimgerechtigde de laedens opdracht geeft om werkzaamheden met betrekking tot zaken uit te voeren, kan het belang bij nakoming door de opdrachtnemer bij de derde komen te liggen indien die zaken zijn eigendom zijn (§ 15.4). Door de verhuur van een zaak van de claimgerechtigde aan de derde, neemt de derde het gebruiksbelang bij die zaak over (§ 15.5). Bij zekerheidsoverdracht van een vordering kan het belang bij het voldoen van die vordering en het tijdig plaatsvinden daarvan bij de cessionaris komen te liggen (§ 15.6). Tot slot wordt door de overdracht van een goed van een claimgerechtigde aan een derde, het belang bij dat goed door de derde van de claimgerechtigde overgenomen (§ 15.7);

Ook in de regelingen van art. 6:107, 6:107a en 6:108 BW is deze overgenomen positie in het algemeen aanwezig. Bij art. 6:107a BW heeft de werkgever, in het bijzonder door de verplichting tot loondoorbetaling bij ziekte of arbeidsongeschiktheid (art. 7:629 BW) het belang bij het door de werkgever kunnen uitoefenen van zijn arbeidsvermogen overgenomen. Voor zover art. 6:108 BW naast van de overledenen een aanspraak geeft op schadevergoeding door het derven van levensonderhoud, hadden deze naasten op een bestendige wijze en krachtens familiale verhouding, wat klinisch gezegd, het belang bij arbeidsvermogen van de overledenen overgenomen voor zover deze dat arbeidsvermogen inzetten om in het levensonderhoud van deze naasten te voorzien. Bij art. 6:107 BW is minder duidelijk van een overgenomen positie sprake. In de situatie waarin ouders een kind dat letsel heeft opgelopen verzorgen of waarin de ene echtgenoot de andere verzorgt, zou men nog kunnen zeggen dat de wet daartoe verplicht (zie art. 1:247 lid 1 respectievelijk art. 1:81 BW) en in zoverre een positie is overgenomen.¹⁶¹ In de situaties waar art. 6:107 BW op ziet is echter veelal sprake van het door de gelaedeerde derde in natura vergoeden van de schade van de claimgerechtigde. Bij dergelijke verplaatste schade, kan relatief snel aan de gelaedeerde derde een aanspraak op schadevergoeding tegenover de laedens worden gegeven.¹⁶²

641. Om te bepalen of de gelaedeerde derde op *toereikende* wijze een positie van de claimgerechtigde heeft overgenomen is allereerst het moment van belang waarop de gelaedeerde derde de positie van de claimgerechtigde heeft overgenomen: vóór of na de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis. Daarnaast dient onderscheid gemaakt te worden tussen het door de gelaedeerde derde overnemen van een positie van de claimgerechtigde enerzijds en het gebruiken van die positie anderzijds. Deze twee aspecten werk ik in het navolgende verder uit.

161 Dat men ook kan zeggen dat de ouders in natura een verplichting nakomen die door de laedens nagekomen had dienen te worden, doet hieraan niet af.

162 Vgl. in dit verband ook de voorwaarden waaronder een derde die een schuld van een schuldenaar aan de schuldeiser voldoet op grond van art. 6:150 BW in de aanspraak van de schuldeiser wordt gesubrogeerd.

Het moment waarop de positie wordt overgenomen

642. In beginsel heeft de gelaedeerde derde slechts dan op toereikende wijze een positie van de claimgerechtigde overgenomen, indien de positie is overgenomen *voorafgaand* aan de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis.¹⁶³

Ook in de regelingen van art. 6:107, 6:107a en 6:108 BW is, voor zover daarin sprake is van een door de gelaedeerde derde van de claimgerechtigde overgenomen positie, die positie overgenomen voordat de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis plaatsvond. Ter voorkoming van misverstand merk ik op dat het overnemen van de positie bijvoorbeeld in verband met art. 6:107a BW niet erin bestaat dat de werkgever betalingen doet aan de werknemer en zo de schade zich verplaatst, maar erin gelegen is dat al vóór de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis tussen werkgever en werknemer een relatie bestaat op grond waarvan de werkgever gehouden is de werknemer te betalen ook als deze door een onrechtmatige daad van een ander niet meer in staat is werkzaamheden te verrichten.

643. Bewerkstelligen gelaedeerde derde en claimgerechtigde eerst *nadat* de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis heeft plaatsgevonden dat de daardoor veroorzaakte schade zich naar de gelaedeerde derde verplaatst, dan zal de gelaedeerde derde in het algemeen geen aanspraak op de laedens hebben op vergoeding van die schade.

Te denken valt aan de situatie waarin door een onrechtmatige daad een zaak beschadigd raakt en deze zaak vervolgens wordt verkocht. Ook als de koper door deze beschadiging schade lijdt, heeft hij mijns inziens in beginsel geen aanspraak op vergoeding van deze naar hem verplaatste schade tegenover de laedens, ook niet als de koper ten tijde van de koop onvoldoende van deze beschadiging op de hoogte was en/of in onvoldoende mate de beschadiging in de koopprijs tot uitdrukking heeft laten komen.¹⁶⁴ In zo'n situatie heeft de koper niet een positie van de gelaedeerde derde op toereikende wijze overgenomen.

De reden dat het door de gelaedeerde derde overnemen van een positie van de claimgerechtigde na de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis doorgaans niet toereikend is om een aanspraak van de gelaedeerde derde op schadevergoeding tegenover de laedens te rechtvaardigen, is dat de gelaedeerde derde op deze wijze (een risico op) schade naar zichzelf heeft toegehaald. Doorgaans ligt daarin een reden de gelaedeerde derde een andere positie tegenover de laedens te geven dan de claimgerechtigde zou hebben gehad indien de schade voor zijn rekening zou zijn gekomen en gebleven. In het algemeen laten zich in zo'n geval ook situaties aanwijzen waarin dezelfde schade op eenzelfde wijze rechtmatig aan de gelaedeerde derde toegebracht kan worden. Het is dan niet meer onredelijk de laedens te laten weggelaten zonder de schade te vergoeden en het is evenmin onredelijk om de gelaedeerde derde een andere positie tegenover de laedens te geven dan de claimgerechtigde zou hebben gehad indien de schade voor zijn rekening zou zijn gebleven.

163 Ook in deze zin, maar mijns inziens te categorisch, Brunner in zijn NJ-annotatie bij HR 4 april 2005, *NJ* 2005/445 (*Esso/Alberts en Bartol*).

164 Zie daarover nader § 11.5.2.

644. Onder bijzondere omstandigheden kan evenwel ook wanneer de gelaedeerde derde na een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis een positie van de claimgerechtigde overneemt, de gelaedeerde derde aanspraak hebben op vergoeding van de door het overnemen van die positie naar hem verplaatste schade.

Te denken valt aan de in nr. 632 besproken zaak *Haarlemmerliede/Walbron*.¹⁶⁵

Overnemen versus gebruiken

645. Het overnemen van een positie dient onderscheiden te worden van het gebruikmaken van een positie. Wanneer de gelaedeerde derde slechts gebruikmaakt van de positie van de claimgerechtigde laat zich niet rechtvaardigen de gelaedeerde derde een afgeleide aanspraak op schadevergoeding te geven: de gelijkheid tussen de positie van de gelaedeerde derde en de claimgerechtigde is dan niet meer aanwezig en veelal zal meer in het algemeen mogelijk zijn om aan de gelaedeerde derde dezelfde schade op eenzelfde wijze rechtmatig toe te brengen. Het soms subtiel liggende onderscheid tussen het overnemen en het gebruiken door de gelaedeerde derde van een positie van de claimgerechtigde, laat zich aan de hand van de volgende twee casus illustreren.

Een sleepboot beschadigde door onzorgvuldig varen een spoorbrug. De eigenaar van deze brug had met enkele partijen gebruiksovereenkomsten gesloten. De partij die feitelijk 86% van de capaciteit van de brug gebruikte, vorderde van de laedens vergoeding van de hogere kosten die hij heeft moeten maken doordat de brug gedurende enkele weken werd gerepareerd en niet gebruikt kon worden voor het transport van zaken. Het Canadese Supreme Court wees deze vordering tot schadevergoeding van deze partij toe, omdat het afwijzen van aansprakelijkheid “*would be to deny it to a person who for practical purposes is in the same position as if he or she owned the property physically damaged.*”¹⁶⁶

Het Canadese Supreme Court brengt hier tot uitdrukking waar het bij de figuur van de verplaatste schade om gaat: als de huurder in feite de positie van de eigenaar ten aanzien van het gebruik van de brug heeft overgenomen, is het redelijk om de huurder aanspraak te geven op vergoeding van de schade waarvan de eigenaar vergoeding zou kunnen vorderen indien deze schade door hem zou zijn geleden. Naar ik meen geldt naar Nederlands recht hetzelfde.¹⁶⁷ De situatie komt echter anders te liggen wanneer de gelaedeerde derde geen duidelijke, rechtens afdwingbare aanspraak op het gebruik van de zaak heeft en bovendien een van de vele gebruikers is.

Degene die door een verkeersfout een ongeval veroorzaakt waarbij ook de openbare weg beschadigd raakt, handelt daarmee in het algemeen ook onrechtmatig tegenover de overheid als eigenaar van de weg of het openbaar lichaam dat belast is met het beheer en het onderhoud van de weg.¹⁶⁸ Mogelijk is ook dat andere verkeersdeelnemers schade lijden ten gevolge van de bescha-

165 HR 25 juni 2004, NJ 2004/605 (*Haarlemmerliede/Walbron*).

166 *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.* [1992] 1 SCR.

167 Zie nader nr. 600 t/m 604.

168 HR 19 december 1975, NJ 1976/280 m.nt. G.J. Scholten (*Rijksweg 12*) en HR 12 december 2014, NJ 2015/366 m.nt. S.D. Lindenberg (*Achmea/Staat*).

diging van de weg. Heeft zo'n andere verkeersdeelnemer dan ook een afgeleide aanspraak op schadevergoeding?

Net zoals de schade van de huurder van de spoorbrug in het geval van een beschadiging van die spoorbrug, laat de schade van een weggebruiker ten gevolge van de beschadiging van de weg zich beschouwen als verplaatste schade. Wanneer een weg ten gevolge van onrechtmatige beschadiging enige tijd niet door de eigenaar gebruikt zou kunnen worden, zou de laedens mijns inziens de schade die de eigenaar vanwege het niet kunnen gebruiken van de weg lijdt, dienen te vergoeden. In de besproken casus wordt dergelijke schade geleden door de weggebruikers. Mijns inziens hebben in deze casus de weggebruikers, anders dan de gebruiker van de spoorbrug, niet de positie van de eigenaar overgenomen maar maken zij slechts gebruik van die positie en bestaat om die reden geen aanspraak op vergoeding van verplaatste schade. Dat geen sprake is van een overgenomen positie volgt mijns inziens eruit dat de weggebruiker tegenover de eigenaar van de weg geen aanspraak heeft op het gebruik van de weg. Bovendien is geaccepteerd dat in allerlei gevallen, en in het bijzonder bij een door verkeersdrukte veroorzaakte file, de weggebruiker de weg niet of minder goed kan gebruiken en de schade dan voor zijn rekening blijft. Om die reden hebben in deze casus de weggebruikers geen positie van de eigenaar van de weg overgenomen op een wijze die een afgeleide aanspraak van de weggebruikers op schadevergoeding rechtvaardigt en maken de weggebruikers slechts gebruik van de weg.

In de literatuur wordt bij dit soort casus nogal eens het '*floodgate*'-argument naar voren gebracht: als allerlei personen in een keten van ontstane schade aanspraak zouden kunnen maken op vergoeding daarvan, wordt de aansprakelijkheidslast voor de laedens ondragelijk groot. Naar ik meen is het buitengewoon lastig om (mede) met behulp van deze gedachte op overtuigende wijze duidelijk te maken waar een bepaalde grens aan aansprakelijkheid behoort te liggen. Zoals ik ook in nr. 485 betoogde, wordt meer inzicht verkregen door, zoals ook Perry heeft bepleit, na te gaan welke schade meer in het algemeen rechtmatig, zonder schending van een norm, kan worden toegebracht en te trachten de grenzen van aansprakelijkheid voor de door een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis veroorzaakte schade daarbij consistent te laten aansluiten.

646. Soms komt de door de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis veroorzaakte gevolgschade voor rekening van zowel de claimgerechtigde als de gelaedeerde derde. Door zo'n verspreiding van gevolgschade laat zich lastiger bepalen of de gelaedeerde derde op toereikende wijze een positie van de claimgerechtigde heeft overgenomen. Aanmerkelijk gewicht kan dan toekomen aan het antwoord op de vraag of meer in het algemeen aan de gelaedeerde derde dezelfde schade op eenzelfde wijze rechtmatig kan worden toegebracht.

In nr. 561 besprak ik de casus waarin ten gevolge van een onrechtmatige daad een verhuurd en als café in gebruik zijnd bedrijfspand beschadigd raakt. De caféhouder herstelt de zaak. De eigenaar derft huurinkomsten gedurende de tijd dat het café niet gebruikt kan worden. De caféhouder derft in deze periode inkomsten uit het café. De drankleverancier levert in deze periode geen drank aan het café en derft daardoor inkomsten.

Indien de eigenaar van het bedrijfspand ook de uitbater van het café zou zijn geweest en tevens de drankleverancier, zou mijns inziens alle genoemde schade,

die dan door de eigenaar zou zijn geleden, in beginsel door de laedens vergoed dienen te worden. Is het redelijk om, nu de schade zich in werkelijkheid over verschillende personen heeft verspreid, deze personen geen aanspraak toe te kennen, en de laedens aan aansprakelijkheid hiervoor te laten ontsnappen?

Ten aanzien van de kosten voor het herstel van het pand spreekt wat mij betreft het sterkst dat het niet redelijk zou zijn om die kosten voor rekening van de caféhouder te laten. Voor de door de caféhouder gedeelde inkomsten spreekt het al minder vanzelf. Hierbij is naar mijn mening van belang dat ook de verhuurder de zaak gebruikt en op die manier huurpenningen verdient. Anders dan bij de primaire schade zien we dat deze gevolgschade, de schade door het niet kunnen gebruiken van de zaak, zich gaat verspreiden: zowel de eigenaar als de huurder lijdt gevolgschade. Dit verspreiden maakt dat aan twijfel onderhevig raakt of de gelaedeerde derde een positie van claimgerechtigde heeft overgenomen of dat sprake is van het gebruiken van een positie. Zinvol is dan te beschouwen of meer in het algemeen aan de caféhouder dezelfde schade op eenzelfde wijze rechtmatig kan worden toegebracht. Kan de caféhouder gedurende enige tijd het gebruik van het gehuurde rechtmatig ontnomen worden? De situaties waarin dat zou kunnen, liggen niet voor het oprapen. Om die reden meen ik dat ook deze schade als verplaatste schade dient te worden vergoed.

Anders ligt dit voor de schade van de drankleverancier. Hier spreekt vrijwel vanzelf dat de drankleverancier niet een positie van de claimgerechtigde heeft overgenomen maar daarvan slechts gebruik maakt. Mijns inziens geldt hier ook dat allerlei omstandigheden van invloed zijn op de door de drankleverancier te leveren hoeveelheid drank. Aan de drankleverancier kan hierom meer in het algemeen, dezelfde schade op eenzelfde wijze rechtmatig worden toegebracht.

Slotsom en vooruitblik

647. Indien aan de twee ingangsvoorwaarden is voldaan en de gelaedeerde derde bovendien schade heeft geleden in een positie die hij op toereikende wijze van de claimgerechtigde heeft overgenomen, heeft de gelaedeerde derde in beginsel tegenover de laedens aanspraak op vergoeding van die schade. Diverse omstandigheden kunnen echter maken dat de gelaedeerde derde deze aanspraak niet heeft. Deze omstandigheden bespreek ik in de volgende drie paragrafen. Het gaat om de mogelijkheid van de claimgerechtigde om vergoeding te vorderen van zijn abstract begrote schade, het bestaan van een aanspraak op schadevergoeding van de gelaedeerde derde tegenover de claimgerechtigde en de samenloop met een bijzondere wettelijke regeling van verplaatste schade.

15.8.4 Abstracte begroting van de schade van de claimgerechtigde

Inleiding

648. Een niet onbelangrijke complicatie bij de beoordeling of de redelijkheid verlangt om de gelaedeerde derde een aanspraak op vergoeding van verplaatste schade te geven, doet zich voor wanneer schade is ontstaan die de claimgerechtigde normaliter abstract kan begroten. De vraag rijst dan of zo'n abstracte begroting ook mogelijk is waar de schade naar de gelaedeerde derde is verplaatst en of

de gelaedeerde derde nog wel een aanspraak op schadevergoeding tegenover de laedens dient te hebben.

Ik geef twee voorbeelden. De eigenaar van de beschadigde verhuurde zaak kan zijn schade normaliter abstract begroten op de naar objectieve maatstaven berekende herstelkosten. Kan dat ook als de huurder de zaak heeft laten herstellen en hoe verhouden abstracte schadebegroting door de verhuurder en het maken van aanspraak op vergoeding van verplaatste schade door de huurder zich tot elkaar?¹⁶⁹ Degene aan wie verkochte zaken niet worden geleverd, kan normaliter zijn schade abstract begroten op de waarde van die zaken op de dag dat geleverd had moeten worden minus de koopprijs. Kan dat ook als de koper de hogere kosten van andere gekochte zaken krachtens een aannemingsovereenkomst aan zijn opdrachtgever heeft doorbelast en hoe verhouden abstracte schadebegroting door de koper/aannemer en het maken van aanspraak op vergoeding van verplaatste schade door de opdrachtgever zich tot elkaar?¹⁷⁰

De problematiek van de verplaatste schade raakt hier op een netelige manier verweven met de problematiek van de abstracte schadebegroting. Of de claimgerechtigde de schade abstract kan begroten, wordt aan twijfel onderhevig wanneer de schade zich naar de gelaedeerde derde heeft verplaatst:¹⁷¹ men zou kunnen menen dat de aanspraak van de claimgerechtigde op vergoeding van zijn abstract begrote schade hierdoor vervalt. Omgekeerd zou men kunnen menen dat indien de claimgerechtigde een aanspraak heeft op vergoeding van abstract te begroten schade, dat in de weg zou kunnen staan aan het kunnen aannemen van een aanspraak van de gelaedeerde derde tegenover de laedens op vergoeding van de verplaatste schade. Indien de claimgerechtigde deze aanspraak heeft, komt namelijk de laedens niet langer zonder meer weg zonder de schade te vergoeden. Denkbaar is tot slot om de claimgerechtigde en gelaedeerde derde samen één aanspraak op schadevergoeding te geven.¹⁷² Zo beschouwd is in deze gevallen niet de vraag óf de laedens de schade dient te vergoeden, maar aan wie: heeft de claimgerechtigde en/of de gelaedeerde derde daarop aanspraak?

Overigens zou men, indien de redelijkheid vergt dat de schade van de gelaedeerde derde door de laedens vergoed wordt, door abstracte schadebegroting in veel meer gevallen de claimgerechtigde aanspraak kunnen geven op vergoeding van de naar de gelaedeerde derde verplaatste schade. Niet meer nodig zou dan zijn om de gelaedeerde derde een schadevergoedingsaanspraak tegenover de laedens toe te kennen; zie hierover het slot van nr. 558.

De verwevenheid tussen de problematiek van de abstracte schadebegroting en de verplaatste schade is netelig, omdat in het algemeen de eerstgenoemde problematiek een wat ongrijpbaar karakter heeft en dat in het bijzonder naar voren komt bij de hier essentiële vraag naar de grenzen van de mogelijkheid van abstracte

169 Zie ook HR 4 maart 1955, *NJ* 1955/301 (*Friesland/Salverda*), zoals besproken in nr. 601.

170 Zie ook HR 3 mei 1946, *NJ* 1946/323 (*Staat/Degens*), zoals besproken in nr. 587. Overigens behoeft de meerprijs in *Staat/Degens* niet het gevolg te zijn van een gestegen marktwaarde. Vgl. Hofmann/Drion & Wiersma 1959, p. 191, voetnoot 1 waarin Drion zich de vraag stelt of de aannemer nog tegenover de verkoper aanspraak zou kunnen maken op abstract te begroten schade.

171 Opmerking verdient dat niet alle door de gelaedeerde derde geleden schade behoeft te corresponderen met schade die de claimgerechtigde abstract kan begroten.

172 Zoals het geval is in de regeling van art. 6:107 BW bij de aanspraak op vergoeding van inspanningen voor herstel, verpleging en verzorging.

schadebegroting. Deze door de mogelijkheid van abstracte schadebegroting veroorzaakte complicatie, doet zich overigens op dezelfde wijze en om dezelfde redenen voor in situaties waarin de claimgerechtigde normaliter aanspraak heeft op vervangende schadevergoeding en waar de schade waarop deze aanspraak ziet naar een derde is verplaatst.

649. Om deze situaties tot een begrijpelijke en aanvaardbare oplossing te brengen, zal ik in het navolgende eerst nader ingaan op abstracte schadebegroting en de grenzen daaraan. Na deze wat langere aanloop, behandel ik het bovenstaande probleem van het samenkomen van de mogelijkheid van abstracte schadebegroting en verplaatste schade en bespreek ik hoe bepaald dient te worden of de schadevergoedingsaanspraak aan de claimgerechtigde of aan de gelaedeerde derde toekomt.

Concrete en abstracte schadebegroting

650. Naar heersende opvattingen heeft het onderscheid tussen concrete en abstracte begroting van veroorzaakte schade de volgende betekenis. In het geval van concrete begroting wordt de omvang van de schade vastgesteld aan de hand van alle subjectieve eigenschappen van de gelaedeerde en de situatie waarin hij zich bevindt. In het geval van abstracte begroting richt men zich bij het vaststellen van de omvang van de schade niet zozeer op het concrete, voorliggende, geval, maar gaat men na hoe groot in het algemeen de schade is van een benadeelde die zich in een gelijksoortige positie bevindt als de gelaedeerde. Deze gerichtheid op het algemene maakt dat bepaalde subjectieve omstandigheden soms buiten beschouwing worden gelaten bij de schadebegroting; van die omstandigheden wordt dan geabstraheerd.¹⁷³ Om concrete en abstracte schadebegroting beter te begrijpen, is het mijns inziens behulpzaam in het navolgende eerst een stap terug te doen en het proces van schadebegroting te ontleden in zijn basale problemen.

651. Tot uitgangspunt neem ik dat de ten gevolge van een aansprakelijkheidschepende gebeurtenis door een gelaedeerde geleden schade zich, naar heersende opvattingen, laat bepalen door te vergelijken de situatie waarin de gelaedeerde zich feitelijk bevindt met de hypothetische situatie waarin de gelaedeerde zich zou hebben bevonden indien de aansprakelijkheidschepende gebeurtenis niet zou hebben plaatsgevonden.¹⁷⁴ Het verschil tussen beide situaties is de als gevolg van de aansprakelijkheidschepende gebeurtenis door de gelaedeerde geleden schade. De omvang van de schade wordt in het algemeen uitgedrukt in een geldsom en vergoed door betaling van dat geldbedrag (art. 6:103 BW). Dit brengt mee dat het verschil tussen de feitelijke en de hypothetische situatie steeds dient te worden vertaald naar een geldsom.¹⁷⁵

173 Zie bijvoorbeeld Asser/Sieburgh 6-II 2017, nr. 35 e.v. Vgl. ook Bloembergen 1965, nr. 25; De Groot 1980, p. 49 t/m 57; Lindenbergh 2013, p. 22 e.v. Klaassen 2017, nr. 9 e.v. De Hoge Raad lijkt zich, relatief recent, ook uitdrukkelijk op dit doctrinaire standpunt te stellen, zie HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278 (*X/NAM*), rov. 2.11.3; HR 10 februari 2017, *NJ* 2017/134 m.nt. S.D. Lindenbergh (*Donata/New India Assurance*), rov. 3.3.3 en HR 5 december 2008, *NJ* 2009/387 m.nt. J.B.M. Vranken (*Rijnstate/Reuvers*), rov. 3.3, 3.4.

174 Zie bijvoorbeeld Asser/Sieburgh 6-II 2017, nr. 31.

175 Ook Tjong Tjin Tai 2017, p. 19 spreekt van een vertaalslag op dit punt.

652. Bij het maken van deze vertaalslag van een feitelijk verschil tussen twee situaties naar een geldsom doen zich twee basale problemen voor. In de eerste plaats dient de vraag beantwoord te worden op welke wijze een verschil dat op een bepaald moment tussen de twee situaties bestaat, in geld dient te worden uitgedrukt. In de tweede plaats dient de vraag beantwoord te worden naar welk moment deze situaties vergeleken dienen te worden. Ik bespreek beide problemen achtereenvolgens.

653. Veelal heeft de gelaedeerde in de feitelijke situatie méér geld uitgegeven of juist minder geld ontvangen dan in de hypothetische situatie. Deze meeruitgaven of minderinkomsten kan men dan als schade aanmerken. Het vertalen van het verschil tussen de feitelijke en de hypothetische situatie naar een geldsom is dan eenvoudig: het verschil is van zichzelf immers al in geldbedragen uitgedrukt. Het verschil tussen de feitelijke situatie en de hypothetische situatie behoeft echter niet te bestaan in meeruitgaven of minderinkomsten. Men kan bijvoorbeeld ook van schade spreken als de gelaedeerde in de feitelijke situatie een beschadigde zaak heeft, en in de hypothetische situatie een gave zaak zou hebben gehad, of als de gelaedeerde in de feitelijke situatie geen prestatie van een schuldenaar heeft ontvangen en dat in de hypothetische situatie wel zou zijn gebeurd, of als de gelaedeerde in de feitelijke situatie zwaar belast wordt door zorgtaken voor een gezinslid terwijl in de hypothetische situatie deze zorgtaken niet zouden hebben bestaan en de gelaedeerde in plaats daarvan vrije tijd zou hebben gehad. Het in een geldsom uitdrukken van de omvang van dergelijke schade, die niet bestaat uit meeruitgaven of minderinkomsten, is minder eenvoudig. Voor zover men in deze situaties erkent dat sprake is van schade, is een vertaalregel nodig om de omvang ervan te bepalen:¹⁷⁶ het verschil tussen de twee situaties moet op een bepaalde wijze op een geldsom worden gewaardeerd. Bij de zaaksbeschadiging ligt dan voor de hand om naar de lagere waarde van de zaak te kijken, bij de gemiste prestatie naar de waarde daarvan in het economisch verkeer op het moment waarop gepresteerd had moeten worden en bij de zorgtaken naar de kosten van professionele zorg. Om het probleem van abstracte schadebegroting en verplaatste schade op te lossen, is het niet nodig om nader in te gaan op welke vertaalregels gelden en hoe tot deze vertaalregels gekomen wordt.

Uit het voorgaande blijkt dat de in de literatuur gangbare definiëring van abstracte en concrete schadebegroting niet goed aansluit bij wat in werkelijkheid bij schadebegroting gebeurt. Stel dat iemands auto door een onrechtmatige daad beschadigd raakte, maar deze persoon nog geen kosten voor herstel heeft gemaakt en ook overigens geen nadeel van de beschadiging heeft ondervonden. Begroot men in deze situatie de schade concreet, dan zal men naar ik meen doorgaans zeggen dat de eigenaar van de auto geen schade heeft geleden omdat geen sprake is van meeruitgaven of minderinkomsten in de feitelijke situatie ten opzichte van de hypothetische situatie. Begroot men de schade abstract, dan erkent men dat – afgezien van eventuele meeruitgaven of minderinkomsten – ook het feit dat de auto, een zaak, beschadigd is geraakt en daardoor een lagere waarde heeft gekregen rechtens als schade kan gelden. Als vertaalregel wordt dan gehanteerd dat de schade gelijk is aan de waardevermindering van de auto. Hieruit blijkt dat bij de concrete schadebegroting, anders dan de heersende opvatting wil, niet alle omstandigheden in

176 Ik beperk mij hier tot vermogensschade, deze vertaling ligt bij immateriële schade vanzelfsprekend lastiger.

aanmerking worden genomen: men houdt immers geen rekening met het feit dat de waarde van de auto is gedaald. Bij concrete schadebegroting legt men de focus op meeruitgaven en minderinkomsten. Men zou zelfs kunnen zeggen dat bij concrete schadebegroting geabstraheerd wordt van het feit dat de marktwaarde van de auto door de beschadiging is gedaald. Waar de schade abstract wordt begroot op de waardevermindering van de auto, is naar mijn mening ook weinig verhelderend om te zeggen dat gekeken wordt naar hoe groot de schade meer in het algemeen is en niet naar de bijzonderheden van het subjectieve geval: gekeken wordt immers naar de vermindering in marktwaarde in het specifieke geval. Ook het zeggen dat wordt geabstraheerd van het feit dat geen daadwerkelijke herstelkosten zijn gemaakt,¹⁷⁷ voegt naar mijn mening niets toe: wanneer men erkent dat de waardevermindering van de auto op zichzelf een nadeel is dat rechtens als schade geldt, dan is irrelevant of daadwerkelijk herstelkosten zijn gemaakt. Van omstandigheden die voor de schadebegroting irrelevant zijn, behoeft ook niet geabstraheerd te worden.

Wanneer men spreekt over concrete schadebegroting lijkt men daarmee doorgaans, in afwijking van de gangbare definiëring, te bedoelen, dat alleen wordt gekeken naar schade die bestaat uit meeruitgaven of minderinkomsten. Impliciet is dan de veronderstelling dat alleen dergelijke schade, die direct in de portemonnee of op de bankrekening voelbaar is, 'echte' schade is. Men schrijft dan bijvoorbeeld dat de waardevermindering van de beschadigde zaak zich niet heeft 'gerealiseerd' omdat de zaak niet is verkocht en van dat niet realiseren van de schade geabstraheerd wordt.¹⁷⁸ Dergelijke formuleringen zijn naar mijn mening alleen begrijpelijk, indien impliciet van een schadebegrip wordt uitgegaan waarin slechts, in de portemonnee of op de bankrekening voelbare, meeruitgaven of minderinkomsten als schade gelden.

654. Naast de vraag van de waardering van een op enig moment bestaand verschil tussen de feitelijke situatie en de hypothetische situatie, dient als gezegd in de tweede plaats de vraag beantwoord te worden naar welk moment deze situaties vergeleken dienen te worden. Deze vraag is relevant wanneer met het verstrijken van de tijd het verschil tussen deze situaties groter of juist kleiner wordt. Voor de problematiek van verplaatste schade is het antwoord op deze tweede vraag van belang. Het gaat dan namelijk om de situatie waarin de schade aanvankelijk door de claimgerechtigde geleden wordt en de schade zich vervolgens naar de derde verplaatst waardoor de situatie van de claimgerechtigde verbetert. Op dit tweede algemene probleem zal ik daarom uitvoeriger ingaan. Ik bespreek eerst het met het verstrijken van de tijd groter worden van het verschil tussen de feitelijke en de hypothetische situatie en vervolgens het met het verlopen van de tijd afnemen van dit verschil.

Een toenemend verschil tussen de feitelijke en de hypothetische situatie

655. Indien het verschil tussen de feitelijke situatie en de hypothetische situatie na verloop van tijd groter wordt, levert dat nauwelijks moeilijkheden op. In het geval van concrete schadebegroting spreekt vanzelf dat rekening kan worden gehouden met oplopende schade. In het geval van abstracte schadebegroting wordt de regel gehanteerd dat abstract begrote schade als minimum geldt en de gelaedeerde de schade ook (deels) concreet mag begroten.¹⁷⁹ Op deze manier kan

177 Zie bijvoorbeeld Lindenbergh 2013, p. 6.

178 Zie bijvoorbeeld Lindenbergh 2013, p. 6.

179 Zie bijvoorbeeld Klaassen 2017, nr. 11.

bij de schadebegroting dus steeds met toenemende schade rekening worden gehouden.

Naar ik meen, is de regel dat de abstract begrote schade als minimum geldt niet meer dan een toepassing van het bij concrete en abstracte schadebegroting geldende uitgangspunt dat waar schade na verloop van tijd groter wordt of gevolgschade ontstaat, de gelaedeerde de schade mag begroten naar het moment waarop de schade maximaal is.¹⁸⁰

De aanspraak op schadevergoeding van de gelaedeerde bij steeds verder oplopende schade is niet onbegrensd: de grenzen aan deze aanspraak liggen echter niet in regels van schadebegroting maar in regels van schadetoerekening.¹⁸¹

Een afnemend verschil tussen de feitelijke situatie en de hypothetische situatie

656. Lastiger, en hier belangrijker, is de situatie waarin het verschil tussen de feitelijke situatie en de hypothetische situatie met het verstrijken van de tijd afneemt. Zo'n afnemend verschil kan zich voordoen zowel bij schade die bestaat uit meeruitgaven of minderinkomsten als bij schade die slechts met behulp van een vertaalregel in een geldsom kan worden uitgedrukt. Ik bespreek eerst de situatie waarbij de schade van zichzelf al in een geldsom is uitgedrukt en het verschil tussen de feitelijke en de hypothetische situatie van de gelaedeerde met verloop van tijd afneemt.

Ten gevolge van een onrechtmatige daad loopt de gelaedeerde inkomsten mis. Stel nu dat zich laat vaststellen dat de gelaedeerde in de hypothetische situatie de inkomsten zou hebben aangevend om op vakantie te gaan. Vergelijkt men de feitelijke situatie met de hypothetische situatie naar het moment in de tijd waarop de gelaedeerde in de hypothetische situatie die inkomsten kreeg, dan is er op dat moment een verschil tussen beide situaties met als omvang die inkomsten. Vergelijkt men echter de feitelijke situatie en de hypothetische situatie naar een moment nadat de vakantie is geëindigd, dan bestaat het verschil tussen beide situaties in materieel opzicht uit het niet-hebben van enige souvenirs zonder wezenlijke vermogenswaarde en in immaterieel opzicht uit het ontbreken van een herinnering aan een vakantie.

In de literatuur worden, voor zover ik heb kunnen nagaan, situaties zoals in dit voorbeeld niet behandeld. De voor de hand liggende verklaring lijkt mij te zijn, dat hier vanzelf spreekt om bij de schadebegroting het moment van de meeruitgaven of de minderinkomsten beslissend te maken. Naar ik meen zal men geneigd zijn bij wijze van uitgangspunt te zeggen, dat wat de gelaedeerde met de in de hypothetische situatie verkregen inkomsten zou hebben gedaan, iets is wat de laedens 'niet aangaat'.

180 Vgl. ook advocaat-generaal Hartlief die in zijn conclusie vóór HR 10 februari 2017, *NJ* 2017/134 m.n.t. S.D. Lindenberg (*Donata/New India Assurance*), § 4.12 terecht heeft betoogd dat geen sprake is van een keuzerecht van de gelaedeerde maar van de mogelijkheid om aanvullende schadevergoeding te vorderen.

181 Met zou erover kunnen aarzelen of de regels die de abstract te begroten zaakschade begrenzen, bijvoorbeeld omdat herstel economisch niet verantwoord is, ook de aanspraak op vergoeding van later geleden schade, bijvoorbeeld de kosten van uitgevoerde herstelwerkzaamheden, kunnen begrenzen. Mijns inziens ligt voor de hand om de eigenschuldregeling toe te passen ter beperking van de aanspraak op vergoeding van daadwerkelijk gemaakte kosten voor herstelwerkzaamheden die economisch niet verantwoord zijn.

Het zou, naar ik meen, in het vakantievoorbeeld voor de laedens geen verweer opleveren indien hij zou stellen: het is waar dat de gelaedeerde door mijn onrechtmatige daad inkomsten heeft gederfd, maar in de hypothetische situatie zou de gelaedeerde die inkomsten weer hebben uitgegeven (aan een vakantie) en dan dus ook niet meer hebben gehad. Het missen van een herinnering aan een vakantie – het uiteindelijk resterende verschil tussen de hypothetische situatie en de feitelijke situatie – geldt rechtens verder niet als vermogensschade of voor vergoeding in aanmerking komende immateriële schade, zodat alleen de vermogenswaarde van de souvenirs voor vergoeding in aanmerking komt.

Het bij de schadebegroting hanteren van de regel dat hetgeen de gelaedeerde in de hypothetische situatie met zijn dan grotere vermogen zou hebben gedaan, de laedens in beginsel niet aangaat, is mijns inziens ook noodzakelijk. Geld is voor natuurlijke personen doorgaans slechts een middel voor het bevredigen van behoeften. Personen ruilen verkregen geld daarom doorgaans voor wat anders. Dat andere, dat met het geld is gekocht, wordt vaak verbruikt. Schade van personen die aanvankelijk bestaat uit meeruitgaven of minderinkomsten zal zich hierom doorgaans uiteindelijk vertalen in, wat zou kunnen worden genoemd, een vermindering van de behoeftebevrediging van die persoon. Het zou mijns inziens onpraktisch en ook niet redelijk zijn om dit spoor steeds tot het eind toe te volgen om zo zicht te krijgen op wat de werkelijke, uiteindelijk resterende schade is.¹⁸² Beter is daarom als regel te hanteren dat zodra in de feitelijke situatie meer uitgaven zijn gemaakt of minder inkomsten zijn verkregen dan in de hypothetische situatie, sprake is van schade en verder er geen rekening mee te houden dat het in de hypothetische situatie het aanvankelijk aanwezige grotere vermogen op enig moment aan iets anders zou zijn uitgegeven. Deze regel wordt kennelijk in de praktijk zodanig vanzelfsprekend geacht, dat zij in de literatuur niet expliciet wordt benoemd.

657. Naar ik vermoed, zal men in de situatie waarbij de schade aanvankelijk bestaat in meeruitgaven of minderinkomsten en niet met een latere verandering of vermindering rekening wordt gehouden, niet spreken van abstracte schadebegroting. Dat zou ook onpraktisch zijn omdat dan in feite elke schadebegroting abstracte schadebegroting zou zijn: men kijkt doorgaans immers niet naar de uiteindelijke schade. Niettemin valt het buiten beschouwing laten van de latere verandering of vermindering van de schade onder de gangbare definitie van abstracte schadebegroting: men abstraheert van die omstandigheden. Hier blijkt mijns inziens nog een andere reden waarom de gangbare definities van concrete en abstracte schadebegroting niet aansluiten bij wat in werkelijkheid bij schadebegroting gebeurt: ook bij concrete schadebegroting houdt men nooit rekening met alle omstandigheden van het geval, maar abstraheert men, zodra sprake is van minderinkomsten of meeruitgaven, in beginsel steeds van latere omstandig-

182 Voor rechtspersonen zou dit nog lastiger komen te liggen. Indien men ervan uitgaat dat een besloten of naamloze vennootschap uiteindelijk haar vermogen als dividend uitkeert zonder daarvoor een tegenprestatie terug te krijgen, zou van schade van zo'n vennootschap, zo beschouwd, uiteindelijk, geen sprake zijn.

heden die de schade veranderen of verminderen.¹⁸³ Kennelijk spreekt dat zodanig voor zichzelf dat men dit bij het geven van deze definities over het hoofd heeft gezien.¹⁸⁴

658. Ook bij schade die van zichzelf niet uit een geldsom bestaat, kan met het verstrijken van de tijd het verschil tussen de feitelijke en de hypothetische situatie kleiner worden.

Ook dit verschijnsel laat zich met een casus verduidelijken. Met het oogmerk winst te maken, koopt Cleeves een grote hoeveelheid steenkool bij Rompu en verkoopt deze steenkool door. Na de totstandkoming van de koopovereenkomsten stijgt de marktwaarde van de steenkool aanzienlijk. Rompu levert niet waardoor Cleeves de steenkool ook niet kan doorleveren. Cleeves weet echter te bewerkstelligen dat de overeenkomst met zijn afnemer met wederzijds goedvinden wordt beëindigd.¹⁸⁵ Wat is de omvang van de door Cleeves geleden schade?

Als men bij de begroting van de door Cleeves ten gevolge van de wanprestatie van de verkoper geleden schade de focus legt op meeruitgaven en minderinkomsten van Cleeves, zou gezegd kunnen worden: de schade die Cleeves ten gevolge van de wanprestatie heeft geleden is de winst die Cleeves met de doorverkoop zou hebben gemaakt. Cleeves behoeft immers niet meer de koopsom voor de steenkool aan Rompu te betalen, maar verkrijgt ook niet meer de hogere koopsom van zijn afnemer. Erkent men echter dat, afgezien van meeruitgaven en minderinkomsten, het niet verkrijgen van een prestatie waarop een schuldeiser recht heeft op zichzelf als schade kan gelden, dan leidt dat tot de volgende schadebegroting. In het geval dat op grond van een koopovereenkomst een zaak geleverd had dienen te worden, kan de omvang van die schade door de niet-nakoming begroot worden op het verschil tussen de marktwaarde van de zaak op de dag waarop geleverd had dienen te worden en de koopprijs.¹⁸⁶ In *Rompu/Cleeves*¹⁸⁷ oordeelde de Hoge Raad:

“dat Cleeves op 20 October 1926, doordat haar toen de kolen, die op dien dag, naar het Hof vaststelt, tegen marktprijs verkrijgbaar waren, onthouden werden, terwijl zij deze kolen tegen lager prijs dan de waarde op dien dag had gekocht, – afgezien van mogelijke andere schade-factoren – in haar vermogen een nadeel leed ten bedrage van het verschil tusschen koopprijs en toenmalige waarde.”

183 Betreurenswaardig is dat de Hoge Raad zich, verkeerd voorgelicht door de literatuur, ook achter de niet vol te houden doctrinaire opvatting heeft geschaard dat schade in beginsel moet worden berekend met inachtneming van alle omstandigheden van het concrete geval en dat slechts in bijzondere omstandigheden anders is, zie HR 5 december 2008, *NJ* 2009/387 m.nt. J.B.M. Vranken (*Rijnstate/Reuvers*), rov. 3.3; HR 10 februari 2017, *NJ* 2017/134 m.nt. S.D. Lindenbergh (*Donata/New India Assurance*), rov. 3.3.3 en HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278 (*X/NAM*), rov. 2.11.3.

184 Overigens ontken ik niet dat men soms bij het maken van deze vertaling bewust nog andere omstandigheden buiten beschouwing laat, zoals bijvoorbeeld in HR 26 oktober 2012, *NJ* 2013/219 m.nt. M.M. Mendel (*Reaal/Athlon*); HR 11 februari 2000, *NJ* 2000/275 (*De Preter/Van Uiter*) en HR 14 januari 2005, *NJ* 2007/481 (*Ahold/Staat*). Het gaat hier echter om een verschijnsel dat zich slechts soms voordoet bij wat abstracte schadebegroting wordt genoemd. Evenmin ontken ik dat het bij het komen tot een redelijke vertaalregel, waarmee de schade in een geldbedrag wordt uitgedrukt, van nut kan zijn om vergelijkbare schadesituaties te beschouwen.

185 Vgl. HR 18 november 1937, *NJ* 1938/269 m.nt. E.M. Meijers (*Rompu/Cleeves*).

186 HR 1 maart 1912, *W* 9333 m.nt. E.M. Meijers (*Wigleven/Schaap*); HR 22 november 1918, *NJ* 1919/33 (*Ostermann/Behrendt en Bodenheimer*); HR 20 april 1923, *NJ* 1923/694 (*Van Duyl/Rotterdam*).

187 HR 18 november 1937, *NJ* 1938/269 m.nt. E.M. Meijers (*Rompu/Cleeves*).

Deze schade, het verschil tussen marktwaarde op de dag van levering en koopprijs, kan aanmerkelijk groter zijn dan de winst die Cleeves met de doorverkoop zou hebben gemaakt. Dient nu bij de schadebegroting ook ermee rekening te worden gehouden dat Cleeves de zaken in de hypothetische situatie zou doorleveren en daar dan een koopprijs voor zou krijgen en op deze manier de schade, aldus beoordeeld naar een later moment, weer geringer wordt of kan worden? De Hoge Raad oordeelde dat

“(...) niet in mindering van die aanspraak komt enig voordeel, dat de koper van Cleeves, omdat van Rompu tegenover haar in gebreke is gebleven, aan Cleeves mocht hebben toegekend (...) dat zulk een voordeel voor Cleeves niet zou zijn rechtstreeksch uitvloeisel van de tegenover haar door van Rompu gepleegde wanpraestatie, doch van de handeling van haar afnemer en dit voordeel dan ook niet alleen haar en niet van Rompu aangaat”.

Dit oordeel laat zich beschouwen als een toepassing van de regel dat als op enig moment sprake is van een verschil tussen de feitelijke en de hypothetische situatie dat rechtens als schade kwalificeert, niet relevant is dat op een later moment het verschil afneemt.¹⁸⁸ In de literatuur wordt dit verschijnsel beschouwd als typerend voor abstracte schadebegroting. Welbeschouwd is dit, zoals ik hiervoor besprak, een verschijnsel dat zich naar mijn mening in beginsel bij alle schadebegroting voordoet.

659. Is het steeds redelijk om bij de schadebegroting een latere vermindering van de schade buiten beschouwing te laten? Franken heeft terecht gewezen op de parallel met de figuur van de voordeelstoerekening (art. 6:100 BW).¹⁸⁹ In het geval van zowel schadebegroting zoals hiervoor besproken, als voordeelstoerekening ligt de vraag voor, of het gegeven dat de gelaedeerde in zeker opzicht in de feitelijke situatie beter af is dan in de hypothetische situatie, betrokken dient te worden bij de bepaling van de omvang van de te vergoeden schade.¹⁹⁰ In Franken's opvatting zouden bij abstracte schadebegroting latere omstandigheden niet steeds buiten beschouwing dienen te blijven maar, aan de hand van de voor voordeelstoerekening geldende criteria, al dan niet in mindering dienen te komen op de schade.¹⁹¹ Men zou kunnen zeggen, dat net zoals bij een toenemend verschil tussen de feitelijke en de hypothetische situatie de omvang van aanspraak op schadevergoeding gevonden wordt met behulp van de *schadetoerekening*, andersom, bij een afnemend verschil tussen de feitelijke en de hypothetische situatie de omvang van de aanspraak op schadevergoeding gevonden dient te worden

188 De Hoge Raad motiveerde overigens meer specifiek waarom het voordeel dat Cleeves in de feitelijke situatie heeft gehad niet in mindering komt op de schade. In nr. 659 bespreek ik dat, in afwijking van de door mij geformuleerde hoofdregel, soms met een dergelijk voordeel bij de schadebegroting rekening dient te worden gehouden. In deze motivering ligt besloten waarom daarvoor hier geen grond bestaat.

189 Franken 2013, p. 50 e.v. Zwitzer 1984, p. 223 heeft overigens al ten aanzien van HR 18 november 1937, *NJ* 1938/269 m.nt. E.M. Meijers (*Rompu/Cleeves*) betoogd dat de vraag of het voordeel van Cleeves, dat erin bestond dat hij niet langer gehouden was de kolen door te leveren, in mindering diende te komen op de te vergoeden schade, een vraag voor voordeelstoerekening is.

190 Daarbij kan dan nog bedacht worden dat het in de situaties van schadebegroting veelal gaat om een bijzonderheid in de hypothetische situatie die maakt dat de gelaedeerde in de feitelijke situatie in zeker opzicht beter af is dan in de hypothetische situatie terwijl het bij voordeelstoerekening doorgaans gaat om een bijzonderheid in de feitelijke situatie die maakt dat de gelaedeerde in de feitelijke situatie in zeker opzicht beter af is dan in de hypothetische situatie.

191 Franken 2013, p. 50 e.v.

met behulp van het leerstuk van *voordeelstoerekening*. Dit verband legt Franken overigens niet.

660. Franken gaat mijns inziens ten onrechte ervan uit dat het buiten beschouwing laten van een latere afname van de schade kenmerkend is voor abstracte schadebegroting. Zoals ik hiervoor betoogde, geldt bij alle schadebegroting dat wanneer eenmaal sprake is van een verschil tussen de feitelijke situatie en de hypothetische situatie dat rechtens als schade geldt, voor die schadepost latere omstandigheden in beginsel niet meer relevant zijn. Geen sprake is dus van een singuliere afwijking in het geval van abstracte schadebegroting. Naar ik meen is het in het algemeen ook redelijk om de regel te hanteren dat waar de schade eenmaal is ontstaan, het op een later moment (deels) tenietgaan van de schade niet ten voordele van de laedens te laten komen.¹⁹² Bepaald onpraktisch zou ook zijn om wanneer vaststaat dat sprake is van meeruitgaven of minderinkomsten in de feitelijke situatie ten opzichte van de hypothetische situatie, steeds te bezien hoe dat grotere vermogen in de hypothetische situatie dan zou zijn aangewend en met het leerstuk van voordeelstoerekening te bepalen of daarmee bij de schadebegroting rekening kan worden gehouden.

661. Niettemin ontkomt men niet eraan soms toch rekening ermee te houden dat de schade na verloop van tijd is afgenomen. Soms zou het namelijk niet redelijk zijn om de laedens de schade te laten vergoeden zoals die aanvankelijk is geleden, maar inmiddels is afgenomen.¹⁹³ Mijns inziens heeft Franken terecht geschreven dat de bij voordeelstoerekening geldende redelijkheidstoets hier (analoog) van toepassing is. In plaats van latere omstandigheden buiten beschouwing te laten indien dat redelijk is, dient mijns inziens als uitgangspunt gehanteerd te worden dat met die latere omstandigheden geen rekening wordt gehouden, tenzij dat onredelijk zou zijn.

Een voor het onderwerp van verplaatste schade belangrijk voorbeeld van het bij de schadebegroting toch rekening houden met het op een later moment tenietgaan van de schade, geeft *Dordrecht/Stokvast*.¹⁹⁴

De gemeente Dordrecht had aan ontwikkelaar Stokvast grond verkocht onder oplegging van een bouwplicht. Nadat een zevental woningen was verzezen, bleek de grond verontreinigd. Vast kwam te staan dat de gemeente hierdoor jegens Stokvast onrechtmatig had gehandeld. De verontreiniging werd vervolgens door de Staat gesaneerd. Had Stokvast jegens de gemeente aanspraak op vergoeding van de waardevermindering van de grond dan wel de saneringskosten? De rechtbank meende van niet, het hof meende van wel, evenals advocaat-generaal Spier, maar de Hoge Raad corrigeerde het hof en oordeelde: “Indien en voor zover echter ten tijde van de vaststelling van de schade door de rechter, de aanvankelijk opgetreden waardevermindering van de woningen ongedaan blijkt te zijn gemaakt door een van overheidswege uitgevoerde bodemsanering in het gebied waar de woningen zich bevinden, is dit waardeerherstel een niet met de individuele situatie van de eigenaar samenhangende omstandigheid die redelijkerwijs in aanmerking behoort te worden genomen om te voorkomen dat meer dan de werkelijk geleden schade wordt

192 In dit opzicht lijkt er een verschil te bestaan met de situatie waarin de laedens door het nemen van maatregelen bewerkstelligt dat in de toekomst geen of minder schade zal ontstaan.

193 Vgl. HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278 (*X/NAM*), rov. 2.11.1 e.v.

194 HR 28 april 2000, *NJ* 2000/690 m.nt. A.R. Bloembergen (*Dordrecht/Stokvast*).

vergoed.” De Hoge Raad releveerde hierbij dat de Staat deze saneringskosten niet op grond van art. 75 lid 3 Wet bodembescherming op Stokvast kon verhalen.

Waarom het waardeherstel “*een niet met de individuele situatie van de eigenaar samenhangende omstandigheid is*”, motiveerde de Hoge Raad niet nader.

De Hoge Raad is mijns inziens door de misleidende heersende opvatting over hetgeen gebeurt bij abstracte schadebegroting, belemmerd in het helder duiden van de reden waarom naar zijn oordeel geen sprake van schade meer was.¹⁹⁵ Ook het alterneren van de oordelen van de verschillende rechterlijke instanties lijkt mij hierdoor veroorzaakt te zijn.

Uitgaande van mijn hiervoor gegeven analyse, is in deze casus sprake van een probleem waarin aanvankelijk tussen de feitelijke situatie en de hypothetische situatie een verschil bestaat dat zich rechtens laat kwalificeren als op een geldbedrag waardeerbare schade, maar is deze schade na verloop van tijd niet meer aanwezig: de Staat heeft de grond immers gesaneerd. Het met het verstrijken van de tijd verdwijnen van de schade doet, zoals ik hiervoor heb betoogd, als uitgangspunt niet ter zake bij de schadebegroting. Anders is dat wanneer het onredelijk zou zijn om hiermee geen rekening te houden. In de casus van *Dordrecht/Stokvast* is het onredelijk om met de sanering door de Staat bij deze schadebegroting geen rekening te houden. Zou men immers aan Stokvast een aanspraak op schadevergoeding tegenover de gemeente geven, dan zou dat betekenen dat de Staat zich niet op de gemeente, bijvoorbeeld op grond van ongerechtvaardigde verrijking, zou kunnen verhalen. De gemeente zou dan immers de schade al vergoed hebben en dus niet verrijkt zijn. Niet voor de hand zou mijns inziens liggen dat de Staat Stokvast in dat geval op grond van onrechtvaardige verrijking had kunnen aanspreken: de door Stokvast verkregen schadevergoeding had zij immers op grond van de wet verkregen, eveneens had zij op grond van de wet de voor haar voordelige sanering verkregen, terwijl de wet geen verhaal door de Staat van de kosten daarvan op haar mogelijk maakte. Het al dan niet toekennen van een aanspraak aan Stokvast heeft dus ook consequenties voor de mogelijkheid tot verhaal van de Staat. Omdat de Staat de sanering heeft uitgevoerd en daarvoor kosten heeft gemaakt met als gevolg dat de zich in het vermogen van Stokvast bevindende grond gesaneerd is, is het mijns inziens redelijk om door het niet geven van een aanspraak op schadevergoeding aan Stokvast de mogelijkheid van verhaal door de Staat open te houden. In deze casus heeft overigens de schade zich van Stokvast naar de Staat verplaatst;¹⁹⁶ hier zien we dat zo’n verplaatsing van schade kan maken dat de rechtstreeks getroffen claimgerechtigde geen aanspraak meer heeft op schadevergoeding.

Schadebegroting en verplaatste schade

662. Na deze inleidende uiteenzettingen over concrete en abstracte schadebegroting kan worden bepaald hoe abstracte schadebegroting en verplaatsing van scha-

195 Bloembergen schrijft in zijn NJ-annotatie ook dat hij deze motivering van de Hoge Raad niet overtuigend kan vinden.

196 Frenk & Messer 1993, p. 47, 48 menen ook dat waar de overheid tot het saneren van een verontreiniging overgaat, de figuur van de verplaatste schade mogelijk toegepast zou kunnen worden.

de zich tot elkaar verhouden. De te beantwoorden vragen zijn de volgende. Behoudt de claimgerechtigde aanspraak op vergoeding van abstract begrote schade, ook als de schade zich naar de gelaedeerde derde heeft verplaatst? Staat de mogelijkheid van abstracte schadebegroting van de claimgerechtigde in de weg aan een aanspraak van de gelaedeerde derde tegenover de laedens op vergoeding van de naar hem verplaatste schade? Het antwoord op deze vragen is naar mijn mening afhankelijk van de omstandigheden van het geval.

Soms behoudt de claimgerechtigde, ondanks de verplaatsing van de schade naar de gelaedeerde derde, zijn aanspraak op vergoeding van abstract begrote schade en heeft de gelaedeerde derde geen aanspraak op vergoeding van de verplaatste schade.

In de in nr. 623 te besproken zaak *Esso/Alberts en Bartol* was een aan Jager toebehorend perceel door een onrechtmatige daad of het tekortschieten van Esso jegens Jager verontreinigd geraakt. Door de koop van het perceel had deze schade zich naar Albert en Bartol verplaatst. Zij hadden echter geen aanspraak op vergoeding van de verplaatste schade.

Soms heeft de derde aanspraak op vergoeding van de naar hem verplaatste schade, ondanks dat deze schade normaliter door de claimgerechtigde abstract kan worden begroot.

Te denken valt aan de in nr. 547 en nr. 648 besproken zaak *Staat/Degens*: hier doet aan de aanspraak van de Staat tegenover Degens op vergoeding van de meerkosten die het gevolg waren van de wanprestatie van Degens, niet af een eventuele aanspraak van Atiba tegenover Degens tot vergoeding van abstract te begroten schade. Ook valt te denken aan de in nr. 548 besproken zaak *Dordrecht/Stokvast*: hier doet de verplaatsing van de schade naar de Staat de aanspraak van Stokvast op vergoeding van abstract begrote schade tenietgaan.

663. Welke omstandigheden zijn bij het beantwoorden van de gestelde vragen beslissend? Naar mijn mening komt het er bij beide vragen uiteindelijk op aan of het redelijker is de claimgerechtigde de aanspraak op schadevergoeding te geven of dat het redelijker is deze aanspraak aan de gelaedeerde derde toe te kennen. Bij beoordeling daarvan is de relatie tussen de claimgerechtigde en de gelaedeerde derde van groot belang. Een in dit verband naar mijn oordeel veelal cruciale omstandigheid is of de aanspraak van de claimgerechtigde op vergoeding van de abstract begrote schade zich al in zijn vermogen bevond vóórdat de gelaedeerde derde een positie van hem overnam. Indien de aanspraak op vergoeding van abstract begrote schade zich al in het vermogen van de claimgerechtigde bevond vóórdat de gelaedeerde derde een positie overnam, blijft als uitgangspunt de aanspraak op schadevergoeding in het vermogen van de claimgerechtigde. Het laten vervallen van deze aanspraak van de claimgerechtigde ten gunste van de gelaedeerde derde behoeft een bijzondere rechtvaardiging, bijvoorbeeld dat partijen zijn overeengekomen deze aanspraak over te dragen.

In *Esso/Alberts en Bartol* namen Alberts en Bartol door de levering van het perceel de positie van Jager over op het moment dat zich, van de onrechtmatige daad of het tekortschieten van Esso uitgaande, in het vermogen van Jager al een aanspraak bevond op vergoeding van abstract begrote schade of op vervangende schadevergoeding. Wanneer die aanspraak niet krachtens de koopop-

vereenkomst met het perceel mee overgaat, ligt mijns inziens in de rechtsverhouding tussen Jager enerzijds en Alberts en Bartel anderzijds besloten dat de aanspraak op vergoeding van de schade bij Jager blijft liggen.

Indien – andersom – eerst nadat de gelaedeerde derde een positie van de claimgerechtigde heeft overgenomen de aanspraak van de claimgerechtigde ontstaat, en de schade zich vervolgens naar de gelaedeerde derde verplaatst, dan komt als uitgangspunt de aanspraak op vergoeding aan de gelaedeerde derde toe.

In *Staat/Degens* nam de Staat een positie van Atiba over vóórdat de aanspraak op vergoeding van abstract begrote schade in het vermogen van Atiba kwam. De Staat had zich in de aannemingsovereenkomst namelijk verbonden om eventuele door Atiba te maken meerkosten grotendeels te dragen. Eerst daarna pleegde Degens wanprestatie. De rechtsverhouding tussen de Atiba en de Staat maakt mijns inziens dan dat het de Staat vrij moet staan om de meerkosten, voor zover Atiba die aan hem heeft doorbelast, op de Degens te verhalen. Niet valt in te zien waarom Atiba die kosten zou mogen doorbelasten en bovendien Degens tot vergoeding daarvan zou mogen aanspreken. Ook in de in nr. 601 besproken zaak *Friesland/Salverda* had huurder Friesland van de verhuurder een positie overgenomen (het belang bij het gebruik van het gehuurde) vóórdat, vanwege de onrechtmatige beschadiging van het gehuurde door Salverda, de aanspraak op vergoeding van abstract te begroten schade in het vermogen van de verhuurder kwam. Ook hier kwam de aanspraak op vergoeding van de herstelkosten aan de huurder toe.

664. In het voorgaande is het impliciete uitgangspunt geweest dat de aanspraak op vergoeding van verplaatste schade ofwel aan de claimgerechtigde ofwel aan de gelaedeerde derde dient toe te komen. Mogelijk is echter ook om deze aanspraak aan hen beiden toe te laten komen. De Hoge Raad heeft in verband met art. 6:107 BW geoordeeld dat zowel de rechtstreeks getroffen claimgerechtigde als de gelaedeerde derde aanspraak kan maken op vergoeding van schade die bestaat uit inspanningen van de derde voor herstel, verpleging en verzorging van de rechtstreeks getroffene.¹⁹⁷

Om meerdere redenen is dat een bijzondere situatie. In de eerste plaats vanwege de rechtsontwikkeling. In *Johanna Kruidhof*¹⁹⁸ had de Hoge Raad onder het vorige burgerlijk wetboek geoordeeld dat de aanspraak op vergoeding van schade die bestaat uit inspanningen van een derde voor herstel, verpleging en verzorging van de rechtstreeks getroffene, aan de rechtstreeks getroffene toekomt. In *Rijnstate/Reuvers*¹⁹⁹ maakte, in lijn daarmee, de rechtstreeks getroffene aanspraak op vergoeding van dergelijke schade. Van toepassing was inmiddels de regeling van art. 6:107 BW die aan de gelaedeerde derde de aanspraak op vergoeding van dergelijke schade toekent. De Hoge Raad heeft toen geoordeeld dat de regeling van art. 6:107 BW niet afdoet aan de aanspraak van de rechtstreeks getroffene op vergoeding van deze schade. Een ander oordeel zou in de situatie zoals die inmiddels in cassatie voorlag wel bijzonder onsympathiek zijn geweest. In de tweede plaats is deze situatie bijzonder omdat sprake is van een kennelijk nauwe, doorgaans familiale betrekking tussen de rechtstreeks getroffen claimgerechtigde en de gelaedeerde derde. Die bijzondere betrekking maakt, naar het mij voorkomt, dat minder van belang is aan wie de schade wordt vergoed en vooral van belang zal worden geacht dat zij vergoed wordt. Wanneer

197 HR 5 december 2008, *NJ* 2009/387 m.nt. J.B.M. Vranken (*Rijnstate/Reuvers*), rov. 3.7.

198 HR 28 mei 1999, *NJ* 1999/564 m.nt. A.R. Bloembergen (*Johanna Kruidhof*).

199 HR 5 december 2008, *NJ* 2009/387 m.nt. J.B.M. Vranken (*Rijnstate/Reuvers*).

tussen de claimgerechtigde en de gelaedeerde derde niet zo'n nauwe relatie bestaat, zal doorgaans wel van groot belang worden geacht wie aanspraak heeft op de schadevergoeding.²⁰⁰

Mijns inziens geldt als uitgangspunt dat ofwel de claimgerechtigde ofwel de gelaedeerde derde aanspraak kan maken op vergoeding van de naar de gelaedeerde derde verplaatste schade en zij niet tegelijkertijd vergoeding van dezelfde schade kunnen vorderen. Dit sluit ook aan bij het oordeel van de Hoge Raad in *Dordrecht/Stokvast*.²⁰¹ Zou men zowel de claimgerechtigde als de gelaedeerde derde aanspraak geven op vergoeding van dezelfde schade, dan leidt dat tot de vraag bij wie de schadevergoeding uiteindelijk terecht dient te komen: gaat het erom wie als eerste van de laedens betaald krijgt, of dient, na betaling aan een van beiden, alsnog doorbetaling van het gehele bedrag of een gedeelte daarvan plaats te vinden?²⁰² Mijns inziens is het praktisch om als uitgangspunt aan de hand van de hiervoor beschreven regels steeds te beslissen dat de aanspraak op vergoeding van de verplaatste schade ofwel aan de claimgerechtigde ofwel aan de gelaedeerde derde toekomt.

Men zou hier anders over kunnen denken wanneer de gelaedeerde derde de claimgerechtigde op grond van hun contractuele verhouding tot vergoeding van de schade zou kunnen aanspreken. In *Friesland/Salverda*²⁰³ lijkt het bijvoorbeeld niet problematisch om de claimgerechtigde/verhuurder aanspraak te laten houden op vergoeding van de schade door beschadiging van het gehuurde: de gelaedeerde derde/huurder zal immers de gemaakte herstelkosten op grond van de huurovereenkomst op de claimgerechtigde/verhuurder kunnen verhalen.

665. Het probleem waarbij gekozen dient te worden om de aanspraak op schadevergoeding ofwel aan de claimgerechtigde ofwel aan de gelaedeerde derde toe te laten komen, doet zich overigens alleen voor indien en voor zover de gelaedeerde derde schade heeft geleden waarop de abstracte schadebegroting bij de claimgerechtigde ziet. Lijdt de gelaedeerde derde meer of andere schade, waarop de abstracte schadebegroting van de claimgerechtigde niet ziet, dan doet de mogelijkheid van abstracte begroting van de claimgerechtigde niet af aan een mogelijke aanspraak van de gelaedeerde derde op vergoeding van verplaatste schade. Sprake is dan immers van verschillende schadeposten. Wel komt de samenloop tussen verplaatste schade en abstracte schadebegroting relatief vaak voor omdat de abstract te begroten schade doorgaans de primaire schade is en niet gevolgschade, terwijl de redenen om de gelaedeerde derde een aanspraak op vergoeding van verplaatste schade te geven het zwaarst wegen in het geval van primaire schade.

200 Ik bespreek hier verder niet de mogelijkheden van een gelaedeerde derde om door uitleg van de overeenkomst met de claimgerechtigde of door de figuren van zaakwaarneming (art. 6:198 e.v. BW) en van ongerechtvaardigde verrijking (art. 6:212 BW) aanspraak te maken op 'doorbetaling' van de door de claimgerechtigde verkregen schadevergoeding. Praktischer is mijns inziens om dadelijk uitsluitend de juiste persoon aanspraak op vergoeding van de verplaatste schade te geven.

201 HR 28 april 2000, *NJ* 2000/690 m.nt. A.R. Bloembergen (*Dordrecht/Stokvast*).

202 Art. 6:15 BW bepaalt over de situatie van pluraliteit van schuldeisers: is een prestatie aan twee of meer schuldeisers verschuldigd, dan heeft ieder van hen een vorderingsrecht voor een gelijk deel, tenzij uit wet, gewoonte of rechtshandeling voortvloeit dat de prestatie hun voor ongelijke delen toekomt of dat zij gezamenlijk één vorderingsrecht hebben.

203 HR 4 maart 1955, *NJ* 1955/301 (*Friesland/Salverda*), zie nr. 601.

15.8.5 *Aanspraak van de gelaedeerde derde op de claimgerechtigde*

De situatie waarin de gelaedeerde derde de claimgerechtigde niet kan aanspreken

666. De figuur van de verplaatste schade is vooral van belang wanneer de gelaedeerde derde niet de claimgerechtigde kan aanspreken tot schadevergoeding. Soms zijn de gelaedeerde derde en de claimgerechtigde zo'n risicoverdeling uitdrukkelijk overeengekomen, soms bestaat zo'n risicoverdeling tussen hen als gevolg van het aanvullend contractenrecht, en soms bestaat er bij gebreke aan een bijzondere regeling geen grond voor een aanspraak van de gelaedeerde derde op de claimgerechtigde.

Ik geef voor elke situatie een voorbeeld. (1) In *Staat/Degens*²⁰⁴ waren de claimgerechtigde (Atiba) en de gelaedeerde derde (de Staat) overeengekomen dat door Atiba gemaakte meerkosten grotendeels door de Staat dienden te worden vergoed. Sprake was hier dus van een uitdrukkelijk overeengekomen regeling die mede zag op de door Degens' wanprestatie veroorzaakte schade. (2) Het aanvullende huurrecht bepaalt dat een feitelijke stoornis van het huurgenot door derden geen gebrek oplevert waarvoor de verhuurder aansprakelijk is (art. 7:204 lid 3 BW). Deze regeling van aanvullend contractenrecht laat dus de schade vanwege zo'n feitelijke stoornis in de verhouding tussen verhuurder en huurder bij de huurder liggen. (3) In *Securicor/Nationale Nederlanden*²⁰⁵ kon Makro voor het bij het geldtransport geroofde geld niet Vlaer en Kol aanspreken: Vlaer en Kol had zich immers slechts verbonden tot het aan Securicor opdracht geven tot het vervoer van het geld. In deze casus is in de verhouding tussen gelaedeerde derde en claimgerechtigde eenvoudigweg geen grond waarop de gelaedeerde derde de claimgerechtigde kan aanspreken.

667. Men zou kunnen menen dat het gegeven dat het risico dat de gelaedeerde derde schade lijdt in de verhouding tussen de claimgerechtigde en de gelaedeerde derde bij de gelaedeerde derde ligt of bewust bij die gelaedeerde derde is gelegd, zou moeten afdoen aan de mogelijkheid van de gelaedeerde derde om zich op de laedens te verhalen. Indien de gelaedeerde derde ermee heeft ingestemd dat eventuele schade voor zijn risico komt, althans niet een mogelijkheid tot verhaal op de claimgerechtigde heeft bedongen, kan het toekennen aan de gelaedeerde derde van een aanspraak op vergoeding van verplaatste schade in zekere zin inbreuk maken op, wat Fleming heeft genoemd, de '*contractual matrix*',²⁰⁶ de in overeenkomsten vastgelegde risicoverdelingen. Met Bloembergen en Du Perron meen ik, dat het door de gelaedeerde derde aanvaarden van een risico in zijn verhouding met de claimgerechtigde, nog niet betekent dat de gelaedeerde dit risico ook in relatie tot de laedens heeft aanvaard.²⁰⁷ Het tegendeel is mijns inziens het geval: juist het gegeven dat de schade in de verhouding tussen de claim-

204 HR 3 mei 1946, *NJ* 1946/323 (*Staat/Degens*), zie nader nr. 587.

205 HR 12 januari 1979, *NJ* 1979/362 m.nt. A.R. Bloembergen (*Securicor/Nationale Nederlanden*).

206 Fleming 1995, p. 661.

207 Du Perron 1999, nr. 135 en Bloembergen 1965, nr. 267. Anders lijkt Tjong Tjin Tai 2006, p. 203 door van belang te achten of voor de gelaedeerde derde mogelijk was om ten opzichte van de claimgerechtigde een betere positie te bedingen, en zie in vergelijkbare zin Stapleton 2002, p. 551 e.v.

gerechtigde en de gelaedeerde derde voor rekening van de gelaedeerde derde komt, kan reden zijn om de gelaedeerde derde tegenover de laedens een aanspraak te geven op vergoeding van verplaatste schade. Anders zou namelijk de laedens door de verplaatsing van de schade weggelaten worden zonder de schade te vergoeden.

Juist bijvoorbeeld het gegeven dat de verhuurder niet aansprakelijk is voor een feitelijke en onrechtmatige stroomis in het huurgenot door de laedens, maakt het redelijk om de huurder tegenover deze laedens een aanspraak te geven.

De situatie waarin de gelaedeerde derde de claimgerechtigde wel kan aanspreken

668. Soms kan echter de gelaedeerde derde zich wel tot de claimgerechtigde wenden om zijn verplaatste schade vergoed te krijgen.

Te denken valt bijvoorbeeld aan *Friesland/Salverda*:²⁰⁸ de huurder had tegenover de verhuurder aanspraak op vergoeding van de herstelkosten en had eenzelfde aanspraak tegenover de laedens die het gehuurde had beschadigd. Ook valt te denken aan *Wierts/Visseren*:²⁰⁹ de opdrachtgever had een aanspraak op schadevergoeding tegenover de aannemer, en eenzelfde aanspraak tegenover de onderaannemer.

Heeft deze mogelijkheid betekenis voor het bestaan van een aanspraak van de gelaedeerde derde op de laedens tot vergoeding van de verplaatste schade? Indien de gelaedeerde derde zijn verplaatste schade zou verhalen op de claimgerechtigde, kan de claimgerechtigde haar op zijn beurt verhalen op de laedens. Het uitgangspunt is immers dat de claimgerechtigde de laedens kan aanspreken tot vergoeding van de door de gelaedeerde derde geleden schade indien deze schade voor rekening van de claimgerechtigde zou zijn gekomen. Op die manier kan op een getrapte wijze het resultaat bereikt worden dat de laedens de schade vergoedt en de gelaedeerde derde de schade vergoed krijgt. Aldus vervalt grotendeels de rechtvaardiging om de gelaedeerde derde een aanspraak jegens de laedens te geven: geen sprake is meer van een situatie waarin de laedens weggelaten wordt zonder de schade te vergoeden en de schade voor rekening van de derde blijft. Om deze reden wordt juist indien de gelaedeerde derde tegenover de claimgerechtigde wel een aanspraak heeft op vergoeding van de verplaatste schade, aan twijfel onderhevig of de gelaedeerde derde een aanspraak op vergoeding van verplaatste schade tegenover de laedens dient te hebben.

669. Op grond van de jurisprudentie laten zich de volgende tentatieve uitgangspunten formuleren. In het geval van een onrechtmatige daad of kwalitatieve aansprakelijkheid van de laedens jegens de claimgerechtigde, doet de mogelijkheid van de gelaedeerde derde om de claimgerechtigde aan te spreken tot vergoeding van verplaatste schade in beginsel niet af aan de mogelijkheid van de gelaedeerde derde om de laedens aan te spreken.²¹⁰ In geval van wanprestatie van de laedens

208 HR 4 maart 1955, NJ 1955/301 (*Friesland/Salverda*), zie nader § 15.5.

209 HR 20 januari 2012, NJ 2012/59 (*Wierts/Visseren*), zie nader § 15.3.

210 Zie bijvoorbeeld HR 4 maart 1955, NJ 1955/301 (*Friesland/Salverda*), zie nader § 15.5.

is dat anders: waar de gelaedeerde derde de claimgerechtigde tot vergoeding van verplaatste schade kan aanspreken, heeft dat in beginsel tot gevolg dat de gelaedeerde derde niet direct de laedens kan aanspreken. In deze situaties is de schade van de gelaedeerde derde in beginsel een kwestie die de laedens niet aangaat.

Te denken valt bijvoorbeeld aan de situatie van opeenvolgende koopovereenkomsten²¹¹ en van onderaanneming.²¹²

Anders dan Bloembergen voor de situatie van verplaatste schade bij onrechtmatige daad betoogde,²¹³ zou in deze contractuele situaties het aan de gelaedeerde derde geven van een aanspraak op schadevergoeding tegenover de laedens, de schadeafwikkeling er niet eenvoudiger op maken; het zou – integendeel – tot minder gelukkige complicaties leiden. Onder meer omdat dan aan de gelaedeerde derde openheid dient te worden gegeven over de contractuele verhouding tussen de laedens en de claimgerechtigde en bovendien informatie dient te worden gegeven over gedragingen van de claimgerechtigde die van belang zijn voor het bestaan van zijn aanspraak op de laedens (bijvoorbeeld over ingebrekestelling van de laedens door de claimgerechtigde). Onder omstandigheden kan van dit uitgangspunt worden afgeweken: indien de laedens met opzet of bewuste roekeloosheid de schade heeft toegebracht,²¹⁴ indien – de overeenkomst weggedacht – het handelen van de laedens onrechtmatig zou zijn,²¹⁵ en onder nog andere bijzondere omstandigheden.²¹⁶ Of de gelaedeerde derde in het geval van een faillissement van de claimgerechtigde de laedens kan aanspreken, hangt van de omstandigheden af. In het algemeen zal niet gerechtvaardigd zijn dat de gelaedeerde derde zich door een rechtstreekse aanspraak op de laedens aan zijn status van concurrente schuldeiser van de claimgerechtigde zou kunnen onttrekken. Onder omstandigheden kan dat echter anders liggen.²¹⁷

15.8.6 Samenloop met bijzondere wettelijke regelingen

670. Soms ligt een feitencomplex in het toepassingsbereik van mijn interpretatie van de algemene figuur van de verplaatste schade, waardoor aan de hand van de in het voorgaande geformuleerde voorwaarden zou kunnen worden bepaald of de gelaedeerde derde tegenover de laedens een aanspraak heeft op vergoeding van de verplaatste schade, terwijl tegelijkertijd een bijzondere wettelijke regeling van verbintenissenrecht het bestaan van een aanspraak van de gelaedeerde derde op vergoeding van de verplaatste schade regelt.

211 Zo ook Tjong Tjin Tai 2008, p. 115. Naar ik meen ligt dit uitgangspunt impliciet ook ten grondslag aan de kanalisatieregeling van art. 7:24 BW en teruglegregel van art. 7:25 BW. In het Duitse recht geldt dit ook, zie Lange & Schiemann 2003, p. 476.

212 Zo stelt de Hoge Raad als hoofdregel in HR 20 januari 2012, *NJ 2012/59 (Wierts/Visseren)*, zie nader § 15.3.

213 Zie nr. 552.

214 HR 24 maart 2006, *NJ 2007/377* m.nt. C.J.H. Brunner (*Geldermalsen/Plameco*).

215 HR 7 maart 1969, *NJ 1969/249* m.nt. G.J. Scholten (*Gegaste uien*), zie nader § 15.4.

216 HR 20 januari 2012, *NJ 2012/59 (Wierts/Visseren)*, zie nader § 15.3.

217 In HR 18 december 1987, *NJ 1988/439* m.nt. W.C.L. van der Grinten (*Amro/Bromet*) en in HR 12 november 1999, *NJ 2000/222* m.nt. A.R. Bloembergen (*Heijmans/Staat*) was voor de vraag of de gelaedeerde derde een directe aanspraak diende te hebben wezenlijk of gerechtvaardigd was om de gelaedeerde voorrang te geven op de andere schuldeisers van de claimgerechtigde, zie over beide zaken § 15.6. In HR 20 januari 2012, *NJ 2012/59 (Wierts/Visseren)* was waarschijnlijk de claimgerechtigde failliet en had de gelaedeerde derde tegenover de laedens niettemin aanspraak op schadevergoeding, zie daarover § 15.3.

In de eerste plaats valt te wijzen op de mogelijkheid van samenloop met de regelingen van verplaatste schade van art. 6:107, 6:107a en 6:108 BW. In de tweede plaats is samenloop mogelijk met de regels van regres en subrogatie bij hoofdelijke aansprakelijkheid (art. 6:10 t/m 6:13 BW) en subrogatie bij schadeverzekering (art. 7:962 BW). In de derde plaats kan samenloop plaatsvinden met de regeling van art. 7:419 BW bij middellijke vertegenwoordiging.²¹⁸ Ook in deze situaties zou men aan de hand van de in § 15.8.2 t/m 15.8.5 beschreven voorwaarden kunnen beoordelen of de gelaedeerde derde, de andere hoofdelijk aansprakelijke, de schadeverzekeraar respectievelijk de achterman bij middellijke vertegenwoordiging tegenover de laedens aanspraak heeft op schadevergoeding.

In zo'n situatie van samenloop rijst de vraag of dat dient te leiden tot cumulatie, alternativiteit of exclusiviteit van de rechtsgevolgen van de genoemde regelingen.

671. Alvorens de rechtsgevolgen van deze samenloop te bespreken, vermeld ik dat de genoemde wettelijke regelingen eenzelfde ratio hebben als de door mij ontwikkelde algemene figuur van verplaatste schade. Ook aan deze wettelijke regelingen ligt ten grondslag dat het onredelijk zou zijn om degene die door een aansprakelijkheidschepende gebeurtenis schade aan een ander heeft toegebracht, weg te laten komen zonder deze schade te vergoeden en dat het onredelijk zou zijn om degene die bij wie de schade terecht is gekomen een andere positie tegenover de laedens te geven dan de claimgerechtigde zou hebben gehad indien de schade voor zijn rekening zou zijn gekomen en gebleven.²¹⁹ In deze wettelijke regelingen kan de laedens zich bovendien tegenover de gelaedeerde derde op dezelfde verweermiddelen beroepen als die hem ten dienste zouden staan indien de schade door de claimgerechtigde zou zijn geleden.

De regelingen van art. 6:107, 6:107a en 6:108 BW bleken in § 15.2.3 grotendeels gebaseerd te zijn op de notie van verplaatste schade. Naar het oordeel van de Hoge Raad strekt de regresvordering van de hoofdelijk verbonden schuldenaar (art. 6:10 BW) ertoe *“te voorkomen dat de niet aangesproken schuldenaar ten koste van de aangesproken schuldenaar ongerechtvaardigd wordt verrijkt doordat laatstgenoemde het verschuldigde heeft voldaan voor meer dan het gedeelte dat hem aangaat”*.²²⁰ De subrogatie bij schadeverzekering (art. 7:962 BW) strekt volgens de Hoge Raad *“ertoe te voorkomen dat de verplichting tot vergoeding van de schade door degene die daarvoor op grond van onrechtmatige daad of wanprestatie aansprakelijk is, vervalt als gevolg van het door de verzekeraar vergoeden van de schade. Zou de verzekeraar door vergoeding van de schade niet in de rechten van de benadeelde worden gesubrogeerd, dan zou de benadeelde, omdat hij tot het door de verzekeraar vergoede bedrag geen schade heeft, geen vordering te dier zake hebben op de aansprakelijke, terwijl de verzekeraar niet de mogelijkheid zou hebben het door hem betaalde bedrag op de aansprakelijke te verhalen.”*²²¹ Nog meer bij de door mij gehanteerde terminologie sluiten aan de, onder meer door Wansink, Van Tiggele-van der Velde en Salomons en de minister onderschreven, opvatting van Mulder over deze subrogatie:

218 Zie nader § 15.8.3.

219 Met dien verstande dat de regeling van art. 6:10 BW een ruimer toepassingsbereik heeft; de hoofdelijke aansprakelijkheid van schuldenaren behoeft niet het gevolg te zijn van aansprakelijkheidschepende gebeurtenissen.

220 HR 6 april 2012, NJ 2016/196 m.nt. C.E. du Perron (ASR/Achmea), rov. 3.5.

221 HR 7 januari 2000, NJ 2000/212 m.nt. M.M. Mendel (Nationale-Nederlanden/Woudsend) rov. 3.3, nog in verband met art. 284 (oud) WvK, en in vergelijkbare zin HR 9 juli 2010, NJ 2010/557 m.nt. M.M. Mendel (RVS/Scheldebouw), rov. 3.4.2.

“De overgang van de vordering op de verzekeraar strekt ertoe de laedens de dans niet te laten ontspringen.”²²² In nr. 639 zagen wij dat de aanspraak op schadevergoeding van de middellijk vertegenwoordigde tegenover de wederpartij zich ook op deze wijze laat rechtvaardigen.

672. De rechtsgevolgen van samenloop zal ik nu voor de uiteenlopende, specifieke regelingen bespreken. De bijzondere regelingen van verplaatste schade van art. 6:107, 6:107a en 6:108 BW derogeren aan het aansprakelijkheidsrecht.²²³ Om die reden derogeren zij ook aan het door mij ontwikkelde algemene stelsel van verplaatste schade.

673. Voor de specifieke regelingen van regres en subrogatie ligt, naar ik meen, voor de hand om als uitgangspunt de specifieke regeling (of het ontbreken daarvan) exclusieve werking te doen toekomen.²²⁴ De regeling van regres en subrogatie bij hoofdelijkheid is tamelijk specifiek en gedetailleerd. Ik zie niet waarom het door mij ontwikkelde algemene stelsel van verplaatste schade haar zou kunnen doorkruisen, maar tegelijkertijd zie ik geen reden met deze algemene figuur te werken. Wel zou het tot ongelukkige doorkruising leiden, wanneer het door mij ontwikkelde algemene stelsel van verplaatste schade naast de verzekeringsrechtelijke subrogatie van art. 7:962 BW (met daarin in het tweede lid een zekere verhaalsvoorrang voor de verzekerde en in het derde lid een beperking van de subrogatie) zou kunnen worden ingezet.²²⁵

Indien de specifieke regeling van subrogatie *niet* ziet op de te beoordelen situatie, hangt het naar ik meen van de omstandigheden af of sprake dient te zijn van exclusiviteit dan wel cumulatie. De sommenverzekeraar wordt niet gesubrogeerd wanneer deze een uitkering aan een verzekerde doet die schade heeft geleden. Om deze reden kan de verzekerde aan wie door een aansprakelijkheidschepende gebeurtenis schade is toegebracht, in beginsel de laedens aanspreken tot schadevergoeding zonder dat een door de verzekerde verkregen uitkering uit de sommenverzekering daaraan afdoet.²²⁶ Het zou mijns inziens onwenselijk zijn wanneer de sommenverzekeraar op grond van de algemene figuur van de verplaatste schade ook de laedens zou kunnen aanspreken.²²⁷ Vanwege het uitgangspunt dat de laedens de schade maar één keer behoeft te vergoeden, zou het door de laedens vergoeden van schade aan de sommenverzekeraar ten laste komen van de aanspraak van de verzekerde op de laedens. Dit is onwenselijk omdat de verzekerde aanspraak dient te hebben zowel op vergoeding van zijn schade door de

222 Mulder 1988, p. 142; Asser/Wansink, Van Tiggele-van der Velde & Salomons 7-IX* 2019, nr. 581 en 593; Parl. Gesch. Boek 7, Titel 17 BW (M.v.A. I), p. 206. Zie ook: Van Zwieten 2015, p. 32 t/m 37.

223 Zie nader § 15.2.3.

224 In deze zin ook Bloembergen 1992, p. 26. Overigens kan hierbij worden bedacht dat art. 6:107 BW uitdrukkelijk niet van toepassing is gemaakt voor de situaties waarin de schade is vergoed door een verzekeraar.

225 Zie hierover ook § 13.4.

226 In het algemeen zal de laedens geen beroep op voordeelstoerekening kunnen doen, zie HR 1 oktober 2010, *NJ* 2013/81 m.nt. T. Hartlief (*Verhaeg/Jenniskens*), rov. 3.5.3 sub c.

227 Het spreken van verplaatste schade doet hier mijns inziens overigens enigszins gewrongen aan. Ik spreek van verplaatste schade indien aan de in § 15.8.2 genoemde ingangsvoorwaarden is voldaan en de laedens dus aansprakelijk is jegens de claimgerechtigde en de claimgerechtigde aanspraak zou hebben op vergoeding van de schade van de gelaedeerde derde indien deze door de claimgerechtigde zou zijn geleden. Wanneer het door de sommenverzekeraar aan de claimgerechtigde uitgekeerde bedrag de schade niet overstijgt, zou men kunnen zeggen dat aan deze ingangsvoorwaarden voldaan is. Tegelijkertijd wordt bij de vaststelling van de aanspraak van de claimgerechtigde op de laedens het door de sommenverzekeraar uitgekeerde bedrag in beginsel niet in mindering gebracht op de schade van de claimgerechtigde. Naar mijn mening doet zich hier in wezen een probleem voor van het soort zoals in § 15.8.4 besproken.

laedens als op uitkering van de sommenverzekering. Anders kan worden geoordeeld over de situatie waarin een gesubrogeerde verzekeraar kosten maakt ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid of ter verkrijging van voldoening buiten rechte (art. 6:96 lid 2 onder b respectievelijk onder c BW). Als deze kosten voor rekening van de verzekeraar in plaats van voor rekening van de claimgerechtigde verzekerde komen, is er mijns inziens geen reden waarom de verzekeraar deze kosten niet op de laedens zou mogen verhalen, indien en voor zover dat voor de claimgerechtigde verzekerde mogelijk zou zijn geweest wanneer deze die kosten zou hebben gemaakt. Het door mij ontwikkelde stelsel om te beoordelen of aanspraak op vergoeding van verplaatste schade bestaat, kan hiervoor mijns inziens gebruikt worden.²²⁸

674. Bij middellijke vertegenwoordiging heeft in beginsel niet de vertegenwoordigde, maar de vertegenwoordiger de aanspraak op vergoeding van (ook) de schade van de vertegenwoordigde tegenover de wederpartij. Deze aanspraak kan onder omstandigheden op de vertegenwoordigde overgaan wanneer deze een daartoe strekkende verklaring aan de vertegenwoordiger en aan de wederpartij richt (art. 7:420 BW). Mij is niet gebleken om welke reden ervoor is gekozen om de aanspraak in eerste instantie aan de vertegenwoordiger te geven en niet aan de vertegenwoordigde. Mogelijk is dat in zo'n situatie van lastgeving het veelal ook de bedoeling zal zijn dat de lasthebber de schade van de achterman probeert te verhalen op de wederpartij. Het is dan praktisch wanneer de lasthebber, zonder nadere formaliteiten, de wederpartij tot schadevergoeding kan aanspreken. Indien de vertegenwoordigde door middel van de algemene figuur van de verplaatste schade de wederpartij zou kunnen aanspreken, zou dat de wettelijke regeling mijns inziens ongelukkig doorkruisen. Om deze reden heeft deze regeling als uitgangspunt exclusieve gelding. In § 15.4 bleek echter dat indien een wanprestatie van de wederpartij, de overeenkomst weggedacht, geldt als onrechtmatige daad, de derde de laedens wel rechtstreeks kan aanspreken.

15.9 De constructie van de aanspraak op vergoeding van verplaatste schade

15.9.1 Inleiding

675. In het voorgaande bleek zowel in het geval van buitencontractuele aansprakelijkheid als in het geval van contractuele aansprakelijkheid de redelijkheid te kunnen vergen om een gelaedeerde derde naar wie schade zich heeft verplaatst, tegenover de laedens eenzelfde aanspraak op schadevergoeding te geven als de claimgerechtigde zou hebben gehad indien de schade door hem zou zijn geleden. In deze paragraaf bespreek ik hoe zo'n aanspraak van een gelaedeerde derde tegenover de laedens geconstrueerd dient te worden.

²²⁸ Vgl. Lindenbergh 2006a, p. 321 e.v. die tot hetzelfde resultaat komt door art. 6:96 lid 2 onder b en c BW analoog toe te passen op de schadevergoedingsvordering die de verzekeraar verkrijgt. Zie over de vraag of jegens de verzekeraar onrechtmatig wordt gehandeld en een bespreking van HR 24 januari 1930, *NJ* 1930/299 m.nt. E.M. Meijers (*Vonk/De Overijsselsche*) nader nr. 147 en § 13.4.

Ons flexibele wettelijk systeem biedt hiertoe meerdere mogelijkheden. De twee belangrijkste constructies zijn de volgende. In de eerste plaats is het mogelijk om te werken met een jegens de gelaedeerde derde geschonden ‘aanvullende’ zorgvuldigheidsnorm: met de onrechtmatige daad of met de wanprestatie van de laedens jegens de claimgerechtigde is in deze constructie tevens een zorgvuldigheidsnorm geschonden die de gelaedeerde derde aanspraak geeft op vergoeding van de naar hem verplaatste schade. In de tweede plaats is het mogelijk om de relativiteit van de onrechtmatige daad, de kwalitatieve aansprakelijkheden en de contractswerking te nuanceren: men erkent dan dat een jegens de claimgerechtigde gepleegde onrechtmatige daad, kwalitatieve aansprakelijkheid tegenover de claimgerechtigde, en een jegens de claimgerechtigde gepleegde wanprestatie ook de gelaedeerde derde naar wie de schade zich heeft verplaatst aanspraak geeft op vergoeding daarvan.

Naast deze twee hoofdmogelijkheden laat de aanspraak op vergoeding van verplaatste schade zich in allerlei gevallen ook construeren met figuren als (analoge toepassing van) middellijke vertegenwoordiging, zaakwaarneming, ongerechtvaardigde verrijking en het van rechtswege overgaan van het recht op schadevergoeding. Met dergelijke constructies kan mijns inziens hooguit in incidentele gevallen een redelijke uitkomst worden bereikt; zij zijn niet geschikt om alle gevallen van verplaatste schade mee op te lossen. Op deze constructies zal ik hierom niet nader ingaan.

In het navolgende werk ik allereerst de constructie met de aanvullende zorgvuldigheidsnorm en de beperkingen van die constructie nader uit (§ 15.9.2). Vervolgens behandel ik de constructie waarin de relativiteit van de onrechtmatige daad, kwalitatieve aansprakelijkheid en de contractswerking wordt genuanceerd (§ 15.9.3). Als bijproduct van deze beschouwingen betoog ik vervolgens dat ongelukkig is de jurisprudentiële en doctrinaire benadering die voor het antwoord op de vraag of een tekortschietende schuldenaar tegenover een gelaedeerde derde aansprakelijk is, voor beslissend houdt of de schuldenaar mogelijk nadeel van de gelaedeerde derde in zijn calculatie moest betrekken (§ 15.9.4). Tot slot bespreek ik of het gebruik van een van beide constructies de voorkeur verdient (§ 15.9.5).

15.9.2 De constructie met een ‘aanvullende’ zorgvuldigheidsnorm

Inleiding

676. Het laten toekomen van een aanspraak op schadevergoeding aan een gelaedeerde derde door middel van een aanvullende zorgvuldigheidsnorm is in het algemeen zowel bij buitencontractuele als bij contractuele aansprakelijkheid een gebruikelijke constructie. Dat degene die een onrechtmatige daad of een wanprestatie jegens de claimgerechtigde pleegt tegelijkertijd, met dezelfde gedraging, jegens een derde een zorgvuldigheidsnorm *kan* schenden, spreekt vanzelf.²²⁹ De bijzonderheid van de constructie met de aanvullende zorgvuldigheidsnorm is erin gelegen dat aan het bestaan van die zorgvuldigheidsnorm die strekt tot bescher-

229 Zo ligt voor onrechtmatige daad ten grondslag aan HR 17 januari 1958, NJ 1961/568 (*Tandartsen I*). Zie voor wanprestatie: Du Perron 1999, nr. 311.

ming van de derde *bijdraagt*, soms beslissend, dat de laedens zich jegens de claimgerechtigde op een bepaalde wijze diende te gedragen en de laedens in strijd met die verplichting heeft gehandeld.

In nr. 401 zagen wij dat de Hoge Raad in *Tandartsen I*²³⁰ – na enkele voorzeten van G.E. Langemeijer – heeft geoordeeld dat het gelden van een wettelijke verplichting waarmee beoogd is een bepaald belang te beschermen, kan bijdragen aan het gelden van een zorgvuldigheidsnorm die strekt tot bescherming van een ander belang. In het geval van een tekortkoming in de nakoming van een verbintenis uit overeenkomst is de mogelijkheid van dit beslissend bijdragen aan de gelding van een zorgvuldigheidsnorm die strekt tot bescherming van een derde, vaste rechtspraak sinds de met *Staat/Degens*²³¹ ingeluide schakeljurisprudentie. De standaardoverweging in deze jurisprudentie, waarin de mogelijkheid van dit bijdragen besloten ligt, luidt:

“Wanneer iemand zich contractueel heeft gebonden, waardoor de contractverhouding waarbij hij partij is in het rechtsverkeer een schakel is gaan vormen waarmee de belangen van derden, die aan dit verkeer deelnemen, in allerlei vormen kunnen worden verbonden, staat het hem niet onder alle omstandigheden vrij de belangen te verwaarlozen die derden bij de behoorlijke nakoming van het contract kunnen hebben.”

In de literatuur wordt merkwaardigerwijs de correctie-Langemeijer niet in verband gebracht met de schakeljurisprudentie, ofschoon eenzelfde normatief probleem speelt: hoe kan de omstandigheid dat de laedens zich tegenover de één aan een bepaalde norm diende te houden, eraan bijdragen, zelfs beslissend, dat de laedens tegenover een ander tot een bepaalde zorgvuldigheid gehouden was? Opvallend is dat in beide gevallen niet buitengewoon helder is in welke situaties en om welke redenen van zo’n bijdrage aan het bestaan van een zorgvuldigheidsnorm sprake kan zijn.

De zorgvuldigheidsnorm en verplaatste schade

677. Het ligt voor de hand om de constructie waarin aan een gelaedeerde derde met behulp van een aanvullende zorgvuldigheidsnorm een aanspraak op schadevergoeding wordt gegeven, ook te hanteren in het geval van naar een derde verplaatste schade. De constructie is dan dat indien door een onrechtmatige daad of door een wanprestatie veroorzaakte schade zich naar een gelaedeerde derde heeft verplaatst, de laedens tegenover deze derde een zorgvuldigheidsnorm heeft geschonden.

Indien de laedens die onrechtmatig handelt of wanprestatie pleegt, de verplaatsing van schade kon voorzien of daarmee rekening kon houden en het onredelijk zou zijn de laedens weg te laten komen zonder de schade te vergoeden en het eveneens onredelijk zou zijn de gelaedeerde derde een andere positie tegenover de laedens te geven dan de claimgerechtigde zou hebben gehad indien de

230 HR 17 januari 1958, *NJ* 1961/568 (*Tandartsen I*).

231 HR 3 mei 1946, *NJ* 1946/323 (*Staat/Degens*); en zie verder HR 24 september 2004, *NJ* 2008/587 m.nt. C.E. du Perron (*Vleesmeesters/Alog*) en HR 20 januari 2012, *NJ* 2012/59 (*Wierds/Visseren*). In HR 14 juli 2017, *NJ* 2017/364 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*X/Compaen*) is aanvaard dat het beoordelingskader ook kan worden toegepast als geen sprake is van wanprestatie.

schade voor zijn rekening was gekomen, is het mijns inziens ook natuurlijk om te zeggen dat de normschendende gedraging onbetamelijk was tegenover de derde.

In diverse in het voorgaande besproken casus is of lijkt de aanspraak op vergoeding van verplaatste schade op deze wijze te zijn geconstrueerd: in *Staat/Degens*,²³² *Wierts/Visseren*,²³³ *Gegaste uien*,²³⁴ *Securicor/Nationale Nederlanden*,²³⁵ *Vleesmeesters/Alog*,²³⁶ *Smael en De Ridder/Moszkowicz*,²³⁷ en *Amro/Bromet*.²³⁸ Eventueel kan men, zoals de Hoge Raad deed in *Staat/Degens* en *Vleesmeesters/Alog*, aan het geschonden zijn van de zorgvuldigheidsnorm nog de voorwaarde verbinden dat de laedens niet de schade van de gelaedeerde derde heeft vergoed. Op deze manier wordt voorkomen dat de gelaedeerde derde steeds aanspraak kan maken op nakoming tegenover de laedens. De problematiek van het bestaan van een aanspraak op nakoming van de gelaedeerde derde tegenover de laedens laat ik hier verder buiten beschouwing.

678. Deze aanvullende zorgvuldigheidsnorm dient aangenomen te worden indien de redelijkheid verlangt om de gelaedeerde derde een aanspraak op vergoeding van de naar hem verplaatste schade te geven. De omstandigheden die maken dat de redelijkheid vergt om de gelaedeerde derde een aanspraak op vergoeding van verplaatste schade te geven, besprak ik in § 15.8. Deze omstandigheden zijn naar mijn mening enigszins anders dan de omstandigheden die beslissend zijn voor het antwoord op de vraag of de in het maatschappelijk verkeer betamende zorgvuldigheid verlangt met het belang van deze derde rekening te houden. Eén wezenlijk verschil is dat het voor het antwoord op de vraag of de redelijkheid vergt de derde tegenover de laedens een aanspraak op vergoeding van verplaatste schade te geven, niet ertoe doet of de laedens met het belang van de derde rekening kon houden, terwijl dat voor hetgeen de in het maatschappelijk verkeer betamende zorgvuldigheid vergt, wel van belang is. Ik bespreek dit nader in nr. 682.

679. Het beschermingsbereik van zo'n aanvullende zorgvuldigheidsnorm wordt verder volledig bepaald door het gegeven dat zij is gebaseerd op de idee van de verplaatste schade: de norm biedt geen bescherming tegen schade die niet volgens criteria van verplaatste schade voor vergoeding in aanmerking komt. Het belangrijkste gevolg hiervan is dat de norm in beginsel geen bescherming biedt tegen schade die, zo de claimgerechtigde die schade zou hebben geleden, niet door de laedens vergoed had dienen te worden. Waar normaliter met een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm beoogd wordt te beschermen tegen schade die geldt als verwezenlijking van het in abstracto voorzienbare gevaar dat de laedens diende te elimineren of verkleinen, heeft hier dus bovendien het gegeven dat de aanvullende zorgvuldigheidsnorm gebaseerd is op de idee van de verplaatste schade wezenlijke invloed op het beschermingsbereik van deze norm. Om deze redenen dient men bij het gebruik van deze constructie goed voor ogen te houden dat geen sprake is van een reguliere zorgvuldigheidsnorm, maar vooral van een

232 HR 3 mei 1946, *NJ* 1946/323 (*Staat/Degens*), zie § 15.3.

233 HR 20 januari 2012, *NJ* 2012/59 (*Wierts/Visseren*), zie § 15.3.

234 HR 7 maart 1969, *NJ* 1969/249 m.nt. G.J. Scholten (*Gegaste uien*), zie § 15.4.

235 HR 12 januari 1979, *NJ* 1979/362 m.nt. A.R. Bloembergen (*Securicor/Nationale Nederlanden*), zie § 15.4.

236 HR 24 september 2004, *NJ* 2008/587 m.nt. C.E. du Perron (*Vleesmeesters/Alog*), zie § 15.5.

237 HR 2 april 1982, *NJ* 1983/367 m.nt. C.J.H. Brunner (*Smael en De Ridder/Moszkowicz*), zie § 15.5.

238 HR 18 december 1987, *NJ* 1988/439 m.nt. W.C.L. van der Grinten (*Amro/Bromet*), zie § 15.6.

vehikel om de gelaedeerde derde naar wie de schade zich heeft verplaatst aanspraak te geven op vergoeding daarvan.

680. Scherp onderscheid dient te worden gemaakt tussen enerzijds de situatie waarin het bestaan van de aanvullende zorgvuldigheidsnorm wordt gedragen door de notie van verplaatste schade en anderzijds de situatie waarin sprake is van een reguliere zorgvuldigheidsnorm die strekt tot bescherming van de gelaedeerde derde. Dit onderscheid is kardinaal omdat alleen in eerstgenoemd geval de laedens zich steeds tegenover de gelaedeerde derde kan beroepen op verweermiddelen die hem ook tegenover de claimgerechtigde ten dienste zouden hebben gestaan indien de schade door de claimgerechtigde geleden zou zijn. Doorgaans is het onderscheid eenvoudig te maken. Indien de zorgvuldigheidsnorm wordt gedragen door de notie van verplaatste schade, heeft de gelaedeerde derde een positie van de claimgerechtigde overgenomen; het belang van de gelaedeerde derde is hetzelfde als het belang van de claimgerechtigde. In het geval waarin sprake is van een reguliere zorgvuldigheidsnorm is het juist het bijzondere belang van de derde, dat maakt dat de laedens daarmee rekening had moeten houden. Soms liggen de beide gevallen echter dicht tegen elkaar aan of kunnen zij samenvallen.

Dit laat zich illustreren aan de hand van *Maassluis/Van Bergen*.²³⁹ Als onderdeel van een meeromvattende onroerendgoedtransactie verkocht de gemeente Maassluis aan Pakwoningen B.V. percelen grond onder de verplichting daarop een complex woningen te stichten overeenkomstig de door het college van Burgemeester en Wethouders goedgekeurde bouwplannen. Voorafgaand aan deze transactie had de gemeente het terrein enkele meters doen opspuiten met havenslib en vervolgens bouwrijp gemaakt. Pakwoningen sloot met diverse derden een koop-aannemingsovereenkomst op grond waarvan zij een woning zou realiseren. De percelen werden door de gemeente aan deze derden geleverd. Nadat de woningen waren gerealiseerd bleek het havenslib ernstig verontreinigd. De kopers spraken onder meer de gemeente aan tot schadevergoeding. Het hof oordeelde dat de gemeente jegens de bewoners onrechtmatig had gehandeld door de percelen als bouwgrond uit te geven en daarbij zelfs een bouwplicht op te leggen, terwijl zij wist althans in redelijkheid had moeten begrijpen, dat de woonbestemming van de percelen uit een oogpunt van volksgezondheid bezwaren opriep. De Hoge Raad verwierp de tegen dit oordeel gerichte klachten.

Men zou in deze zaak een probleem van verplaatste schade kunnen zien, door de grond van de aansprakelijkheid van de gemeente tegenover de kopers te zoeken in een wanprestatie van de gemeente jegens Pakwoningen.²⁴⁰ Mijns inziens is de grond voor aansprakelijkheid van de gemeente tegenover de kopers niet gelegen in de combinatie van een wanprestatie van de gemeente jegens Pakwoningen en het door de bewoners door de doorlevering in de positie van Pakwoningen treden. Het is juist het bijzondere belang van de kopers, dat afweek van dat van Pakwoningen en dat voor de gemeente voorzienbaar was, dat maakte dat de handelwijze van de gemeente tegenover de kopers als onzorgvuldig werd beoordeeld. Om die reden is ook niet relevant of en in welke mate de gemeente tegen-

239 HR 9 oktober 1992, *NJ* 1994/286 t/m 289 m.nt. C.J.H. Brunner (*Maassluis/Van Bergen*).

240 Vgl. ook HR 24 maart 2006, *NJ* 2007/377 m.nt. C.J.H. Brunner (*Geldermalsen/Plameco*).

over Pakwoningen aansprakelijk is en of Pakwoningen in haar relatie met de gemeente eigen schuld had, bijvoorbeeld omdat zij als ontwikkelaar beter onderzoek naar de locatie had moeten doen. Het al dan niet doorwerken van verweermiddelen die de laedens tegenover de claimgerechtigde heeft, maakt dat het cruciaal is om te onderscheiden tussen situaties van verplaatste schade en situaties waarin de laedens een reguliere norm van ongeschreven recht tegenover de derde schendt.

De beperkingen van de constructie

681. Niet in alle gevallen waarin de gelaedeerde derde een aanspraak op vergoeding van verplaatste schade dient te hebben, laat deze aanspraak zich met behulp van een zorgvuldigheidsnorm construeren.

682. Om de constructie van de aanvullende zorgvuldigheidsnorm te kunnen gebruiken, is in de eerste plaats noodzakelijk dat de laedens de verplaatsing van daardoor veroorzaakte schade naar een derde kon voorzien of daarmee rekening diende te houden. Naar hun aard bestaan zorgvuldigheidsnormen immers alleen met oog op belangen van anderen waarop men bedacht was of diende te zijn.²⁴¹ Ook in die gevallen waarin de verplaatsing van schade naar een derde niet viel te voorzien, kan de redelijkheid echter vergen dat de gelaedeerde derde tegenover de laedens aanspraak heeft op schadevergoeding. De rechtvaardiging van deze aanspraak is immers erin gelegen dat de laedens jegens de claimgerechtigde onrechtmatig heeft gehandeld, kwalitatief aansprakelijk is of wanprestatie heeft gepleegd en dat het niet redelijk zou zijn om de laedens weg te laten komen zonder de schade te vergoeden en het niet redelijk zou zijn om de gelaedeerde derde een andere positie tegenover de laedens te geven dan de claimgerechtigde zou hebben gehad indien deze de schade zou hebben geleden. In dit verband doet het niet ter zake of de laedens de verplaatsing van schade kon voorzien of daarmee rekening behoorde te houden.

Bij de in het voorgaande besproken *Gegaste uien*²⁴² en *Amro/Bromet*²⁴³ kwam deze spanning tussen de rechtvaardiging van de aanspraak en de constructie ervan tot uitdrukking. In *Gegaste uien* oordeelde het hof dat het voor de Roteb “niet onvoorzienbaar [was] (...) dat onder de door die ander aan de gassing blootgestelde uien zich mogelijk tevens niet aan [De Klerk] toebehorende uien zouden bevinden”. De omstandigheid dat de redelijkheid er zo duidelijk toe noopte om Noordermeer tegenover de Roteb aanspraak te geven op schadevergoeding, bracht kennelijk het hof ertoe om op deze wijze lippendienst te bewijzen aan het vereiste dat het geschade belang van de derde voor de laedens kenbaar diende te zijn. Op deze manier wordt mijns inziens een onwettelijke motivering gegeven: de enkele omstandigheid dat voorstelbaar is dat het belang van een derde in theorie betrokken zou kunnen zijn bij een gedraging, is onvoldoende om te kunnen oordelen dat het ongeschreven recht verlangt met dat belang rekening te houden. De Hoge Raad oordeelde vervolgens terecht dat het er voor de aansprakelijkheid van de Roteb tegenover Noordermeer niet toe deed of voor haar al dan niet voorzienbaar was dat zich onder de

241 Zie § 7.3.3.

242 HR 7 maart 1969, NJ 1969/249 m.nt. G.J. Scholten (*Gegaste uien*), zie nr. 595.

243 HR 18 december 1987, NJ 1988/439 m.nt. W.C.L. van der Grinten (*Amro/Bromet*), zie nr. 613.

door de Klerk ter behandeling gegeven uien ook uien van anderen bevonden. Daarvan uitgaande is echter minder goed begrijpelijk waarom de gedraging van de Roteb onrechtmatig was tegenover Noordermeer: geen sprake was kennelijk van het door het wanpresteren tevens jegens Noordermeer schenden van een zorgvuldigheidsnorm.²⁴⁴ In *Amro/Bromet*²⁴⁵ oordeelde het hof dat Amro kon voorzien dat de uitbetaling van een cheque aan een ander dan aan wie deze betaalbaar was gesteld, zou leiden tot schade voor degene aan wie de cheque tot zekerheid gecedeerd was, zonder dat de bank deze cessie kende of anderszins aanwijzingen had dat van een cessie sprake zou kunnen zijn. Het hof oordeelde, kennelijk toch niet helemaal zeker van zijn zaak, daarbij dat Amro “in elk geval” behoorde te weten dat uitbetaling van een cheque aan een ander dan de daartoe gerechtigde schade voor laatstgenoemde zou meebrengen. De Hoge Raad sanctioneerde deze oordelen. Ook hier zien we dat een rechterlijke instantie haar toevlucht neemt tot onwettelijke oordelen, of ficties,²⁴⁶ om een redelijke uitkomst te bereiken. De reden daarvoor is de spanning tussen de constructie met de aanvullende zorgvuldigheidsnorm en de werkelijke reden om de gelaedeerde derde een aanspraak op vergoeding van verplaatste schade te geven. Ook in andere casus zou hiertussen gemakkelijk een grote spanning kunnen bestaan. In *Friesland/Salverda*,²⁴⁷ *Vleesmeesters/Alog*,²⁴⁸ *Smael en De Ridder/Moszkowicz*²⁴⁹ zou ook indien voor de laedens het belang van de derde naar wie de schade zich zou verplaatsen niet op een reële manier was te voorzien, de redelijkheid vergen om deze derde een aanspraak op vergoeding van naar hem verplaatste schade te geven.

683. De constructie met de aanvullende zorgvuldigheidsnorm is ook nog om een tweede reden ontoereikend om in alle gevallen een oplossing te bieden. Deze constructie laat zich niet goed gebruiken als geen sprake is van schuld van de laedens. Het duidelijkst doet zich dit voor in het geval van kwalitatieve aansprakelijkheid voor zaken en dieren. De aansprakelijkheid bestaat hier per definitie veelal juist zonder dat de laedens een verwijt kan worden gemaakt. Wanneer de schade zich dan naar een derde verplaatst, spreekt het weinig aan om te zeggen dat tegenover die gelaedeerde derde wel onzorgvuldig is gehandeld. Dit probleem speelt echter niet alleen bij deze kwalitatieve aansprakelijkheden. Ook wanneer bijvoorbeeld sprake is van een rechtsinbreuk of een overtreding van een wettelijke norm die niet op grond van schuld maar bijvoorbeeld slechts vanwege de verkeersopvattingen toerekenbaar is, kan het gekunsteld zijn om de aanspraak van de gelaedeerde derde naar wie zich de schade heeft verplaatst, te construeren met een tegenover hem geschonden zorgvuldigheidsnorm.

244 Te bedenken valt daarbij dat naar heersende opvattingen het beschadigen van een zaak (op zichzelf) geen rechtsinbreuk oplevert, zie bijvoorbeeld Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015, nr. 47.

245 HR 18 december 1987, NJ 1988/439 m.nt. W.C.L. van der Grinten (*Amro/Bromet*), rov. 4.9, zie nr. 613.

246 Vgl. daarover Asser/Scholten *Algemeen deel* 1974, p. 52: “Men wil een zeker resultaat, omdat het billijk en bevredigend schijnt: met de bestaande regels is het niet bereikbaar; door de feiten een klein weinig anders te zien dan ze in werkelijkheid zich voordeden, kan het resultaat worden verkregen. Wat ligt meer voor de hand dan de feiten te zien zoals men wenst dat ze zijn, maar ze inderdaad niet waren?”

247 HR 4 maart 1955, NJ 1955/301 (*Friesland/Salverda*), zie nr. 601.

248 HR 24 september 2004, NJ 2008/587 m.nt. C.E. du Perron (*Vleesmeesters/Alog*), zie nr. 607.

249 HR 2 april 1982, NJ 1983/367 m.nt. C.J.H. Brunner (*Smael en De Ridder/Moszkowicz*), zie nr. 612.

15.9.3 De constructie van de nuancering van de relativiteit

Inleiding

684. De aanspraak van de gelaedeerde derde op vergoeding van verplaatste schade laat zich ook construeren door de relativiteit van de onrechtmatige daad, kwalitatieve aansprakelijkheden en contractswerking te nuanceren.

In de regelingen van art. 6:107, 6:107a en 6:108 BW heeft de wetgever een dergelijke nuancering op haar plaats geacht: deze bepalingen brengen immers mee dat ingeval een onrechtmatige daad, een kwaliteit of een wanprestatie aansprakelijk maakt tegenover de claimgerechtigde, ook de gelaedeerde derde tegenover de laedens aanspraak heeft op vergoeding van bepaalde hierdoor geleden verplaatste schade.

In het navolgende bespreek ik deze constructie nader voor de genoemde aansprakelijkheidsgrondslagen.

Onrechtmatige daad

685. In het geval van een onrechtmatige daad kan de aanspraak van de gelaedeerde derde op vergoeding van verplaatste schade geconstrueerd worden door aan te nemen dat een onrechtmatige daad ook jegens degene naar wie de schade zich heeft verplaatst onrechtmatig is en dat normen ook strekken tot bescherming van degene naar wie de schade zich heeft verplaatst.²⁵⁰ Dit dient dan alleen te worden aangenomen indien en voor zover de redelijkheid vergt de gelaedeerde derde tegenover de laedens een aanspraak te geven op vergoeding van de verplaatste schade.²⁵¹ In het bijzonder geldt dat de gelaedeerde derde naar wie de schade zich heeft verplaatst slechts beschermd is tegen schade die de claimgerechtigde, als de schade door hem zou zijn geleden, van de laedens vergoed had dienen te krijgen. Ten aanzien van de drie categorieën onrechtmatige daden van art. 6:162 BW kan nog het volgende worden opgemerkt.

In het geval van een rechtsinbreuk zou men wellicht kunnen menen dat uit de aard van de onrechtmatige daad volgt dat een gelaedeerde derde geen aanspraak op schadevergoeding heeft: er is immers geen sprake van de schending van een norm van objectief recht, maar van de schending van een subjectief recht waarvan de claimgerechtigde rechthebbende is en in zoverre lijkt de rechtsinbreuk per definitie slechts de rechthebbende aan te gaan.²⁵² In *Spitfire*²⁵³ heeft de Hoge Raad geoordeeld dat over een inbreuk op een subjectief recht alleen kan worden geklaagd door de drager van dat recht. Het op een dergelijke wijze redeneren is mijns inziens een voorbeeld van *Begriffsjurisprudenz*: het uit juridische concepten afleiden van ‘logische’ rechtsgevolgen zonder naar de redelijkheid van de

250 Ook Bloembergen 1965, nr. 172 en Bloembergen 1992, p. 23 lijkt, voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, van deze constructie uit te gaan; Du Perron 1999, p. 138 meent dat bij door een onrechtmatige daad veroorzaakte verplaatste zaakschade het relativiteitsvereiste in wezen gedeeltelijk wordt geschrapt.

251 In § 14.5 bespreek ik nader onder welke voorwaarden de redelijkheid dat verlangt.

252 Zie ook nr. 5.3.1.

253 HR 14 maart 1958, *NJ* 1961/570 (*Spitfire*).

uitkomst te kijken.²⁵⁴ Mijns inziens staat niets eraan in de weg om, wanneer de redelijkheid dat vergt, een ander dan de rechthebbende een schadevergoedingsremedie te geven op de grond dat inbreuk op een recht is gemaakt. Temeer niet omdat het voor de kwalificatie van de gedraging als rechtsinbreuk niet ertoe doet wie rechthebbende is en/of dat voor de laedens kenbaar of voorzienbaar is: wanneer de laedens aansprakelijk is enkel omdat hij objectief een inbreuk op een recht heeft gemaakt, heeft de laedens er geen bijzonder belang bij om niet aansprakelijk te zijn tegenover degene naar wie de door de rechtsinbreuk veroorzaakte schade zich heeft verplaatst. De Hoge Raad lijkt in het meer recente *Cassina/Jacobs Meubelen*²⁵⁵ ruimte te zien voor de mogelijkheid dat een rechtsinbreuk ook tegenover een niet-rechthebbende onrechtmatig is, juist ook in een situatie waarin sprake is van een verplaatsing van schade van de rechthebbende van een auteursrecht waarop inbreuk is gemaakt naar een licentienemer op dat recht. In plaats daarvan kan de gelaedeerde soms ook een aanspraak op schadevergoeding worden gegeven door aan te nemen dat de inbreuk op het recht van de claimgerechtigde tevens een inbreuk vormt op het contractuele recht dat de gelaedeerde derde heeft ten aanzien van het object van het recht waarop de inbreuk is gemaakt.²⁵⁶

Voor verplichtingen uit de wet geldt dat zich door de uitleg van de wet het beschermingsbereik van de verplichting laat vaststellen. In § 3.2 bleek dat bij die uitleg ook een belangrijke rol speelt hetgeen redelijk is. Aldus laat zich in deze gevallen de strekking van de norm zodanig construeren dat degene naar wie de schade zich heeft verplaatst en die aanspraak dient te hebben op vergoeding daarvan in zoverre door de geschonden norm wordt beschermd.

Voor zorgvuldigheidsnormen geldt de bijzonderheid dat zij naar hun aard uitsluitend strekken tot bescherming van belangen van anderen waarop men bedacht dient te zijn. Op het eerste gezicht lijkt zich dit minder goed te verhouden tot het aannemen van een bescherming die zich ook uitstrekt tot degene naar wie de schade is verplaatst en dat ongeacht of de laedens daarmee bekend kon zijn. Bij nadere beschouwing blijkt de genoemde personele beschermingsomvang minder scherp te zijn dan op het eerste gezicht wellicht lijkt. Stel bijvoorbeeld dat onzorgvuldig, maar niet opzettelijk, met een voetbal een ruit van een woning wordt vernield. De voetbal beschadigt niet alleen de ruit van de eigenaar van de woning, maar ook een vaas die, vanaf buiten onzichtbaar, binnen naast het raam stond en die de eigenaar van de woning te leen had. Is nu ook een zorgvuldigheidsnorm geschonden jegens de eigenaar van de vaas? Mijns inziens doet het er

254 Vgl. Zweigert & Kötz 1998, p. 140, 141 (in de vertaling van Weir) over het gebruik van deze benadering door de Duitse Pandektisten: “*In this way the application of law became a merely ‘technical’ process, a sort of mathematics obeying only the ‘logical necessity’ of abstract concepts and having nothing to do with practical reason, with social value judgments, or with ethical, religious, economic, or policy considerations. No matter how urgently commerce might demand that a claim should be assignable without the co-operation of the debtor, that a debt should be capable of being taken over by a third party, or that a contract should be capable of being taken over by a third party, if such a legal construction could not be arrived at with the devices present in the legal system, then it was ‘logically impossible’ and the devil might take the hindmost.*”

255 HR 26 mei 2000, NJ 2000/671 m.nt. D.W.F. Verkade (*Cassina/Jacobs Meubelen*).

256 Onder het oude recht werd wel aangenomen dat, vanwege de quasi zakelijke aard van het gebruiksrecht uit huurovereenkomst, ook onrechtmatige rechtsinbreuk op dat recht kon worden gemaakt, zie bijvoorbeeld Hofmann/Drion & Wiersma 1959, p. 81. De huidige rechtspraak van de Hoge Raad lijkt hier dicht tegen aan te liggen, zie HR 24 januari 1992, NJ 1992/280 (*Van Aken/Heideman*); HR 26 mei 2000, NJ 2000/671 m.nt. D.W.F. Verkade (*Cassina/Jacobs Meubelen*) en HR 31 maart 2017, NJ 2018/142 (*Vossenbergh Kranenpool/Eshuis en Ubbers q.q.*).

niet toe of de laedens erop bedacht kon of diende te zijn dat in de woning ook nog een vaas van een ander aanwezig zou kunnen zijn. De norm beschermt personen wiens eigendommen beschadigd kunnen raken door de bal. Zo beschouwd is het minder problematisch om aan te nemen dat schending van een zorgvuldigheidsnorm ook onrechtmatig is tegenover degene naar wie de daardoor veroorzaakte schade zich heeft verplaatst, ook als het belang van diegene niet door de laedens voorzienbaar was.²⁵⁷

686. Met deze constructie wordt de mogelijkheid van gelaedeerde derden om aanspraak te maken op vergoeding van verplaatste schade technisch in de relativiteitsleer ingebed door uitleg van de strekking van de geschonden norm. In werkelijkheid wordt wel afgedaan aan de relatieve werking van de onrechtmatige daad. Naar ik meen is dat niet bezwaarlijk omdat de relativiteitsleer geen doel op zichzelf is, maar slechts een middel om tot een redelijke begrenzing van aansprakelijkheid te komen.²⁵⁸

Kwalitatieve aansprakelijkheid

687. Voor de kwalitatieve aansprakelijkheden voor personen is geen bijzondere constructie nodig om degene naar wie de schade zich heeft verplaatst aanspraak op schadevergoeding te geven. De daad van de persoon waarvoor kwalitatieve aansprakelijkheid bestaat zal vanwege het voorgaande ook aansprakelijk maken tegenover degene naar wie de schade zich heeft verplaatst. Om die reden heeft een kwalitatief aansprakelijke ook een schadevergoedingsverplichting tegenover diegene. Voor kwalitatieve aansprakelijkheid voor zaken en dieren wordt in deze constructie aangenomen dat zij tevens strekken tot bescherming van degene naar wie de schade zich heeft verplaatst. Wel slechts indien en voor zover de redelijkheid verlangt de gelaedeerde derde tegenover de laedens aanspraak te geven op vergoeding van de verplaatste schade.²⁵⁹

Wanprestatie en overeenkomst

688. In de situatie waarin de schuldenaar tegenover de claimgerechtigde schuldeiser wanprestatie heeft gepleegd, dient bij de relativering van de contractswerking de gelaedeerde derde tegenover de schuldenaar zonder meer aanspraak te hebben op vergoeding van de verplaatste schade indien en voor zover de redelijkheid verlangt hem eenzelfde aanspraak te geven als de claimgerechtigde schuldeiser zou hebben gehad indien de schade door hem zou zijn geleden. Naar ik meen laat deze aanspraak op schadevergoeding van de gelaedeerde derde zich

257 Vgl. HR 11 maart 1937, NJ 1937/899 m.nt. E.M. Meijers (*Holdisco*) waarin ten gevolge van een onrechtmatig onjuiste mededeling over de gang van zaken bij een vennootschap een ander dan degene aan wie de mededeling was gedaan aandelen in de vennootschap kocht en verlies leed. De Hoge Raad oordeelde dat de geschonden norm “strekt ter bescherming niet alleen van den derde, aan wie de inlichtingen zijn verstrekt, doch ook van den ruimere kring van personen, waaronder zeker begrepen zijn lichamen, welke door middel van dien derde als hun vertegenwoordiger aan het verkeer deelnemen”. Meijers schreef in zijn annotatie: “Toont deze beslissing niet op nieuw aan, dat privaatrechtelijke verplichtingen, die niet voortvloeien uit relatieve rechten als verbintenissen, steeds een absoluut karakter dragen, zoodat haar overtreding ten aanzien van een elk onrecht oplevert?”

258 Zie ook § 8.2.

259 In § 15.8 heb ik nader besproken onder welke voorwaarden de redelijkheid dat verlangt.

baseren op art. 6:248 lid 1 BW: het is een verplichting van de schuldenaar die uit de eisen van de redelijkheid en billijkheid voortvloeit.

Eventueel zou deze aanspraak op schadevergoeding naar mijn mening ook op art. 6:1 BW gebaseerd kunnen worden. De aanspraak past namelijk in het stelsel van de wet en sluit aan bij de wel in de wet geregelde gevallen.²⁶⁰ De aanspraak op schadevergoeding van de gelaedeerde derde is immers afgeleid van de aanspraak op schadevergoeding die art. 6:74 BW aan de schuldeiser geeft. Tevens sluit zij aan bij de aanspraken op vergoeding van verplaatste schade die art. 6:107, 6:107a en 6:108 BW aan een gelaedeerde derde geven in het geval van letsel of overlijden van de claimgerechtigde.

Naar ik meen sluit deze eenvoudige constructie goed aan bij de reden om de gelaedeerde derde een aanspraak op vergoeding van verplaatste schade te geven. Bij deze grondslag is het bovendien eenvoudig om de verweermiddelen die de schuldenaar tegenover de claimgerechtigde schuldeiser zou hebben gehad te laten doorwerken in de relatie tot de gelaedeerde derde.²⁶¹

689. Men kan zich afvragen hoe het geven van deze aanspraak aan een gelaedeerde derde tegenover de schuldenaar zich verhoudt tot de grondslag van de gebondenheid van partijen aan een overeenkomst: waarom kan de schuldenaar die zich slechts jegens de schuldeiser heeft gebonden een prestatie te leveren, jegens een derde aansprakelijk zijn voor het tekortschieten in de nakoming daarvan? Op deze op het eerste gezicht enigszins netelige kwestie ga ik in het navolgende in.

690. Naar heersende opvattingen wordt de gebondenheid van partijen aan een overeenkomst, in overeenstemming met art. 3:33 en 3:35 BW, gerechtvaardigd door het samenspel van het autonomiebeginsel en het vertrouwensbeginsel. De schuldenaar heeft gewild zich jegens de schuldeiser te verbinden en/of de schuldeiser heeft hierop mogen vertrouwen.²⁶² De combinatie van wil en vertrouwen rechtvaardigt niet de gebondenheid aan een verder onbepaalde overeenkomst, maar de gebondenheid aan de overeenkomst met een zekere inhoud.²⁶³ De relevante wil en het vertrouwen zien immers op bepaalde te leveren prestaties. Niet echter van alle verplichtingen die uit een overeenkomst voortvloeien kan worden gezegd dat zij gebaseerd zijn op, en zich laten rechtvaardigen uit, de wil en het vertrouwen van de partijen die de overeenkomst sloten. Ook de wet, de gewoonte en de redelijkheid en billijkheid kunnen maken dat een overeenkomst bepaalde, niet door partijen overeengekomen, rechtsgevolgen heeft (art. 6:248 lid 1 BW).

Een hier van belang zijnd rechtsgevolg dat op grond van de wet aan overeenkomsten verbonden wordt, is de verplichting van de schuldenaar tot vergoeding van de door een wanprestatie door de schuldeiser geleden schade. Naar ik meen

260 Volgens Parl. Gesch. Boek 6, p. 42 (M.v.A. II) is die frase uit HR 30 januari 1959, *NJ* 1959/548 m.nt. D.J. Vee-gens (*Quint/Te Poel*) beslissend.

261 Ik laat open de vraag op welke wijze het op vordering van de derde geven van een rechterlijk verbod of bevel aan de laedens in deze situaties geconstrueerd zou kunnen worden. Zie ook nr. 677 voor het parallelle probleem bij de constructie met ongeschreven zorgvuldigheidsnormen.

262 Asser/Sieburgh 6-III 2018, nr. 119 t/m 132. Zie nader Nieuwenhuis 1979. Net als Du Perron 1999, nr. 15 plaats ik het causabeginsel binnen het vertrouwensbeginsel.

263 Zo ook Parl. Gesch. Boek 6, p. 876 (T.M.).

is deze verplichting zodanig vanzelfsprekend dat ook als zij niet uit de wet zou voortvloeien, zij dan gewoonte zou zijn, en dat waar zij nog geen gewoonte zou zijn de verplichting redelijk en billijk geacht zou worden en om die reden zou worden aangenomen. De verplichting is in de wet neergelegd juist omdat, zo kan gelet op het ontbreken van een gemotiveerde rechtvaardiging in de wetsgeschiedenis wel worden aangenomen, zij volkomen redelijk en vanzelfsprekend wordt geacht.

Het rationaliseren van waarom deze verplichting tot schadevergoeding precies redelijk is, is overigens nog niet zo eenvoudig. Nederlandse auteurs lijken zich daaraan niet te wagen,²⁶⁴ misschien ook omdat hieraan nauwelijks praktisch belang toekomt en het pogen om uit te leggen waarom datgene redelijk is waarvan de redelijkheid door eenieder geaccepteerd wordt, althans door niemand betwist, ook niet bepaald een prangende kwestie lijkt. In het buitenland bestaat voor deze vraag aanzienlijk meer aandacht; overigens zonder spectaculaire resultaten. Indien niet wordt uitgegaan van een consequentialistische benadering van het recht, is men gekomen tot het antwoord dat de wanprestatie een onrecht is waarvan de gerechtigheid verlangt dat het wordt gecompenseerd door de schuldeiser in de positie te brengen alsof normconform was gepresteerd.²⁶⁵

Wanneer men aanvaardt dat het de redelijkheid en niet de wil van de schuldenaar of het vertrouwen van de schuldeiser is waarop de verplichting van de schuldenaar tot vergoeding van de door een wanprestatie geleden schade van de schuldeiser gebaseerd is, kan men mijns inziens evengoed aanvaarden dat, omdat dit redelijk is, de schuldenaar de door zijn wanprestatie veroorzaakte schade dient te vergoeden aan de derde naar wie de schade zich heeft verplaatst. De tegenwerping dat de schuldenaar niet heeft gewild zich jegens deze derde te binden en dat deze derde daarop ook niet op mocht vertrouwen doet mijns inziens niet ter zake: terecht is nu eenmaal geaccepteerd dat wil en vertrouwen alleen te beperkt zijn om als bron voor alle verplichtingen die uit de overeenkomst voortvloeien te kunnen dienen, en is in het algemeen de verplichting tot vergoeding van de door een wanprestatie veroorzaakte schade noch op de wil van de schuldenaar noch op het vertrouwen van de schuldeiser gebaseerd.

Te wijzen valt hier op de visie op contractuele gebondenheid van Vranken. Vranken heeft bevestigd dat autonomie en vertrouwen in dit verband wel een rol “*soms groot, soms bijna onzichtbaar*” hebben, maar steeds slechts voor zover zij rechtens relevant worden geoordeeld.²⁶⁶ Vranken heeft hieruit ook conclusies getrokken voor de manier waarop aangekeken dient te worden tegen rechtsgevolgen van een overeenkomst voor derden: “*Ik verdedig dat bij overeenkomst en derden niet langer uitgangspunt kan zijn de overeenkomst A-B, waarop de derdenwerking van of jegens C als een te rechtvaardigen uitzondering moet worden geconstrueerd. Waar het om gaat, is dat de belangen van A, B en C (en verder) in hun onderlinge betrokkenheid worden gewaar-*

264 Bij bijvoorbeeld Asser/Sieburgh 6-II 2017 en Krans 1999 heb ik beschouwingen hierover niet aangetroffen.

265 Zie bijvoorbeeld: Smith 2004, p. 392 en 409 t/m 417 en Unberath 2007, p. 285 t/m 290.

266 Vranken 1997, nr. 11; Vranken 2000b, nr. 10, 14; Vranken 2002, p. 42.

deerd en gekwalificeerd.”²⁶⁷ Eerder stelde Vranken overigens de vraag of het niet tijd werd voor een leerstuk dat de onrechtmatige daad en wanprestatie zou overkoepelen, bijvoorbeeld toerekening van aansprakelijkheid.²⁶⁸ De door mij bepleite opvatting sluit goed aan bij deze visie.

691. Bij het voorgaande komt dat men door de gelaedeerde derde, naar wie de schade zich heeft verplaatst, een aanspraak op schadevergoeding tegenover de schuldenaar te geven, deze derde in de positie van de schuldeiser laat treden. Naar huidig recht is in allerlei gevallen geaccepteerd dat derden in de positie van de schuldeiser kunnen treden en zij aldus aanspraken op de schuldenaar krijgen waarmee deze laatste niet heeft ingestemd. De belangrijkste situatie waarin dit gebeurt, is het geval waarin de schuldeiser zijn uit een overeenkomst voortvloeiende aanspraken op de schuldenaar aan een derde cedeert. Als uitgangspunt is zo’n cessie mogelijk zonder dat de schuldenaar hiermee instemt (art. 3:83 lid 1 BW). Men acht het niet bezwaarlijk dat op deze manier een niet-contractspartij een aanspraak krijgt op de schuldenaar zonder dat deze daarmee heeft ingestemd. De reden hiervoor lijkt mij erin gelegen te zijn dat de schuldenaar evengoed moet presteren en door de cessie niet slechter af raakt. In het algemeen – en zeker waar er geen bijzondere afspraken op dit punt zijn gemaakt – zal het de schuldenaar om het even zijn *aan wie* hij de prestatie moet verrichten. Het zal er bij het sluiten van de overeenkomst om zijn gegaan *dat* hij de prestatie diende te verrichten.²⁶⁹ Naast de situatie van cessie, kunnen derden ook in het geval van hoofdelijke aansprakelijkheid en subrogatie treden in de aanspraak van de schuldeiser tot schadevergoeding op de schuldenaar. Ook hier ligt voor de hand dat deze constructies niet bezwaarlijk worden geacht omdat de schuldenaar daardoor niet in een slechtere positie komt te verkeren en een redelijke uitkomst, volgens de verplaatsteschederatio,²⁷⁰ wordt verkregen.

692. Tot slot verdient vermelding dat de wetgever met art. 6:107, 6:107a en 6:108 BW voor de situatie van door een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis veroorzaakt letsel of overlijden heeft geregeld welke gelaedeerde derden onder welke omstandigheden tegenover de laedens aanspraak hebben op schadevergoeding. Deze regelingen hebben voor een belangrijk deel betrekking op gevallen van verplaatste schade. Deze regelingen zijn ook van toepassing in het geval dat het letsel of overlijden door een wanprestatie wordt veroorzaakt. De aanspraak van de gelaedeerde derde is in deze regelingen afgeleid van de aanspraak op schadevergoeding van de claimgerechtigde en niet gebaseerd op enige onrechtmatige daad of wanprestatie van de schuldenaar tegenover de gelaedeerde derde.

267 Vranken 2002, p. 44. Vgl. ook Laarhoven 2006, p. 37, 38 en Bakels 1996, p. 43, 56. De nadruk die Vranken op rechtsvinding legt doet sterk denken aan de door Van Dunné 1971, p. 196 e.v. in zijn dissertatie bepleite toerekeningsleer. De kritiek die Nieuwenhuis 1979 p. 21, 22 daarop heeft geleverd, kort gezegd dat een inhoudelijke bepaling van toerekeningsmomenten ontbreekt, geldt mijns inziens in essentie ook Vrankens benadering. Zie met vergelijkbare kritiek Hesseling 2013, p. 73. Dit doet echter niet af aan de waarde van de door Vranken verdedigde meer open benadering.

268 Vranken 1994, p. 426, 427.

269 In deze zin ook Van Schilfgaarde 1969, p. 95, die ook wees op de mogelijkheid van cessie en het daarom weinig problematisch achtte rechtens vertegenwoordiging toe te staan waarbij niet in naam wordt gehandeld maar wel de achterman wordt gebonden. Zwitser 1984, p. 231 heeft ter verklaring van de gehoudenheid tot vergoeding van de schade van een achterman bij middellijke vertegenwoordiging onder het oude recht, betoogd dat partijen afspreken dat de schade vergoed dient te worden, van voorzienbare omvang, ongeacht waar deze valt. Mijns inziens is het echter niet zinvol te proberen deze problematiek in de partijbedoeling op te lossen.

270 Zie § 15.2.1.

In deze regelingen is neergelegd dat de laedens tegenover de gelaedeerde derde steeds ook die verweermiddelen kan voeren die hem tegenover de claimgerechtigde ten dienste zouden hebben gestaan. Van de toepassing van de regeling is uitgesloten de situatie dat schade zich naar een verzekeraar van de claimgerechtigde heeft verplaatst. De door mij voorgestelde rechtstreekse aanspraak van de gelaedeerde derde op de schuldenaar op grond van art. 6:248 lid 1 BW past hierbij: zij vormt een generalisering van deze regelingen die slechts gelden voor de situatie van verplaatsing van schade in geval van door een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis veroorzaakt letsel of overlijden.

693. Op grond van het voorgaande meen ik, dat een aanspraak van een gelaedeerde derde tegenover de schuldenaar op vergoeding van de door het tekortschieten van deze schuldenaar veroorzaakte verplaatste schade op art. 6:248 lid 1 BW kan worden gebaseerd, indien en voor zover voldaan is aan de in § 15.8 behandelde voorwaarden en dus de redelijkheid verlangt de gelaedeerde derde tegenover de schuldenaar aanspraak te geven op vergoeding van de naar hem verplaatste schade.

15.9.4 *De ontoereikende doctrinaire benadering van de problematiek van wanprestatie en derden*

694. In het voorgaande kwam aan de orde dat in de ketenjurisprudentie de vraag of een wanprestatie tot aansprakelijkheid van de schuldenaar jegens een gelaedeerde derde leidt, beantwoord dient te worden door te onderzoeken of de schuldenaar bij de uitvoering van de overeenkomst de belangen van die derde behoorde te ontzien. Deze gehoudenheid van een contractspartij om rekening te houden met belangen van derden, nemen de op dit gebied gezaghebbende auteurs – Du Perron,²⁷¹ Vranken²⁷² en Van Laarhoven²⁷³ – als de spil van hun benadering van het probleem wanneer een wanprestatie tot aansprakelijkheid tegenover een derde dient te leiden. Du Perron schreef:

*“Het gaat erom of de [contracts]partij het (mogelijke) nadeel van de derde in haar calculatie moest betrekken. Zou men een verdergaande aansprakelijkheid aanvaarden, dan zou de inherente beperking van het contractenrecht, te weten dat een partij zich slechts jegens een of meer wederpartijen verbindt en daardoor de aan haar (wan)prestatie verbonden risico's in de hand heeft, verloren gaan.”*²⁷⁴

Op het eerste gezicht spreekt deze benadering aan. Onmiskenbaar dient men in allerlei gevallen bij de uitvoering van een contractuele verplichting rekening te houden met belangen van anderen.²⁷⁵ Met de benadering wordt echter miskend, dat in een niet onbelangrijke groep van gevallen een wanpresterende schuldenaar de schade van een gelaedeerde derde dient te vergoeden omdat sprake is van verplaatste schade. In § 15.3 t/m 15.7 bleken diverse gevallen waarin werd aan-

271 Du Perron 1999, nr. 307 t/m 329.

272 Vranken 1997, p. 717; Vranken 2000b, nr. 15.

273 Van Laarhoven 2006, p. 28, 94.

274 Du Perron 1999, nr. 313.

275 Net zo goed als dat degene die een contractuele verplichting uitvoert zich onverminderd aan wettelijke plichten dient te houden.

genomen dat een wanpresterende schuldenaar tegenover een gelaedeerde derde aansprakelijk is, situaties van verplaatste schade te zijn. De grondslag voor het bestaan van de aanspraak van de gelaedeerde derde is dan dat het onredelijk zou zijn om de schuldenaar weg te laten komen zonder de schade van de gelaedeerde derde te vergoeden en dat het onredelijk zou zijn de gelaedeerde derde een andere positie te geven dan de claimgerechtigde schuldeiser zou hebben gehad indien de schade door hem zou zijn geleden. Het doet er dan niet toe of de wanpresterende contractspartij het (mogelijke) nadeel van de gelaedeerde derde in haar calculatie moest betrekken.²⁷⁶ In deze situaties van verplaatste schade gaat de in het bovenstaande citaat weergegeven redenering van Du Perron ook niet op: ook als de contractspartij het (mogelijke) nadeel van de gelaedeerde derde naar wie de schade zich heeft verplaatst niet in haar calculatie kon betrekken, dan blijft die contractspartij de aan haar (wan)prestatie verbonden risico's in de hand houden. De gelaedeerde derde kan namelijk geen grotere aanspraak op deze contractspartij verkrijgen dan de schuldeiser gehad zou kunnen hebben. Om die reden is het in de situaties van verplaatste schade niet problematisch om ook als een wanpresterende schuldenaar met de belangen van een gelaedeerde derde geen rekening kon houden, aansprakelijkheid van de schuldenaar tegenover die gelaedeerde derde aan te nemen.

In de situaties van verplaatste schade ontnemt bovendien de door de genoemde auteurs aangereikte sleutel van het door een contractspartij rekening moeten houden met belangen van derden, het zicht op de werkelijke reden waarom de wanpresterende schuldenaar de schade van een gelaedeerde derde dient te vergoeden. Onder welke omstandigheden het onredelijk zou zijn de schuldenaar weg te laten komen zonder de schade van de derde te vergoeden en het onredelijk zou zijn de derde een andere positie te geven dan de claimgerechtigde schuldeiser zou hebben gehad indien de schade door hem zou zijn geleden, heb ik uitgewerkt in de in § 15.8 besproken voorwaarden. Langs deze weg laat zich mijns inziens veelal beter begrijpen waarom een gelaedeerde derde wel of juist geen aanspraak heeft op schadevergoeding op een wanpresterende schuldenaar. Dergelijk begrip ontstaat niet wanneer men de vraag blijft stellen of de wanpresterende schuldenaar met het belang van de gelaedeerde derde rekening diende te houden. Indien men inziet dat diverse gevallen uit de ketenjurisprudentie situaties van verplaatste schade zijn, laat zich verder ook eenvoudig verklaren waarom, zoals in de jurisprudentie herhaaldelijk werd aangenomen, de wanpresterende schuldenaar tegenover de gelaedeerde derde een beroep kan doen op de tussen de contractspartijen overeengekomen exoneratie: de schuldenaar mag door de verplichting om verplaatste schade te vergoeden niet slechter af worden dan hij

276 Du Perron 1999, nr. 349, 350 legt overigens, terecht, een verband tussen de verplaatsing van schade in HR 3 mei 1946, *NJ* 1946/323 (*Staat/Degens*) en middellijke vertegenwoordiging; zie nr. 587 hiervoor. Dit verhoudt zich ook minder goed met het door hem als spil van zijn benadering kiezen van de gehoudenheid van een contractspartij om rekening te houden met belangen van derden. Immers, in het geval van middellijke vertegenwoordiging is de aanspraak op schadevergoeding van een achterman tegenover de wanpresterende wederpartij niet erop gebaseerd dat deze wederpartij met het belang van die achterman als derde rekening diende te houden. Evenmin is naar mijn mening voor het bestaan van een aanspraak op schadevergoeding van de Staat tegenover Degens nodig dat Degens bij de uitvoering van de overeenkomst met Atiba rekening kon of moest houden met het belang van de Staat. Du Perron 1999, nr. 348 heeft overigens wel oog voor de mogelijkheid van verplaatsing van schade, maar rationaliseert dat mijns inziens ten onrechte tot slechts een factor die maakt dat het aannemen van een zorgplicht minder bezwaarlijk is en op die wijze aan het aannemen van een zorgplicht jegens de derde kan bijdragen.

zou zijn geweest indien de schade voor rekening van de schuldeiser zou zijn gekomen.

695. Tot slot moet worden opgemerkt dat naar mijn mening meer in het algemeen in de doctrine geen goed beeld bestaat van wat in werkelijkheid gebeurt indien met een aanvullende zorgvuldigheidsnorm wordt gewerkt. Dit geldt merkwaardigerwijs zowel in het geval waarin zo'n aanvullende zorgvuldigheidsnorm wordt aangenomen naast een geschonden wettelijke norm als in het geval waarin dat gebeurt naast een geschonden contractuele verplichting.

In de doctrine wordt aangenomen dat in het geval van de schending van een wettelijke norm waarmee niet beoogd is te beschermen tegen de schade zoals geleden, de relativiteitsleer kan worden gecorrigeerd door het gebruik van een aanvullende zorgvuldigheidsnorm. Het bijzondere hierbij is dat de geschonden wettelijke norm, waarmee niet beoogd is te beschermen tegen de schade zoals geleden, kan bijdragen, soms beslissend, aan de gelding van een zorgvuldigheidsnorm die wel de benodigde bescherming biedt (de correctie-Langemeijer). Naar mijn mening wordt in deze gevallen, zoals ik hiervoor uiteen heb gezet, doorgaans echter op gewone wijze een zorgvuldigheidsnorm geconstrueerd. Indien dit, zoals in de literatuur gebeurt, wordt beschouwd als het corrigeren van de relativiteitsleer, dan ontnemt dat het zicht op de werkelijke reden om een zorgvuldigheidsnorm aan te nemen. Men gaat die reden dan namelijk zoeken in een vermeende onredelijkheid van het begrenzen van aansprakelijkheid aan de hand van het doel van de wettelijke norm; terwijl op die manier niet de werkelijke reden om een aanvullende zorgvuldigheidsnorm aan te nemen wordt gevonden. Ook laat zich dan niet goed verklaren om welke reden een wettelijke norm, waarmee niet beoogd is te beschermen tegen de schade zoals geleden, wel beslissend kan bijdragen aan de zorgvuldigheidsnorm die wel de gewenste bescherming biedt.²⁷⁷ Om die reden is het ongelukkig om te zeggen dat in deze gevallen het relativiteitsvereiste wordt gecorrigeerd. Soms leidt het begrenzen van aansprakelijkheid aan de hand van de met de geschonden norm beoogde bescherming wel tot een onredelijk scherpe begrenzing van aansprakelijkheid. De reden daarvoor is vrijwel steeds dat de veroorzaakte schadesituatie, waartegen met de geschonden norm niet beoogd is te beschermen, wel sterk lijkt op de schadesituaties waartegen met de geschonden norm wel beoogd is te beschermen. Een redelijke begrenzing wordt dan doorgaans bereikt door de strekking van de geschonden norm net wat ruimer uit te leggen dan de met de norm beoogde bescherming. Op die manier wordt de werking van het relativiteitsvereiste gecorrigeerd.²⁷⁸ In de literatuur is dat verschijnsel nauwelijks onderkend. In de literatuur wordt naar mijn mening aldus ten onrechte aangenomen dat het relativiteitsvereiste wordt gecorrigeerd door middel van zorgvuldigheidsnormen terwijl daarnaast onderbelicht is gebleven dat die correctie, niet alleen bij wettelijke normen, soms nodig is en plaatsvindt door de strekking van de geschonden norm ruimer uit te leggen dan de met die norm beoogde bescherming.

In het geval van contractuele normen doet zich precies het omgekeerde voor. In de doctrine worden de situaties waarin een wanpresterende schuldenaar met

277 Zie § 8.3.4.

278 Zie § 8.3.2.

behulp van een zorgvuldigheidsnorm tegenover een derde aansprakelijk wordt gehouden, beschouwd als situaties waarin op min of meer gewone wijze een zorgvuldigheidsnorm wordt geconstrueerd. Men zegt dat bij de uitvoering van een overeenkomst op grond van het ongeschreven rekening moet worden gehouden met de belangen van derden.²⁷⁹ Dat het ongeschreven recht hiertoe kan verplichten is op zichzelf niet onjuist. In de gevallen waarin een wanpresterende schuldenaar tegenover een derde aansprakelijk werd gehouden, bleek veelal echter iets anders aan de hand te zijn. De relativiteit van de contractswerking werd daar gecorrigeerd omdat zij tot een onredelijk scherpe begrenzing van aansprakelijkheid zou leiden. De reden om de relativiteit van de contractswerking te corrigeren, bleek dezelfde te zijn als de reden om het relativiteitsvereiste bij buitencontractuele aansprakelijkheid te corrigeren: de veroorzaakte schadesituatie lijkt zodanig op de schadesituaties waartegen met de geschonden norm wel beoogd is te beschermen, dat het onredelijk zou zijn om de schuldenaar/laedens voor de veroorzaakte schadesituatie niet aansprakelijk te laten zijn. Wanneer men de relativiteit van de contractswerking wil corrigeren kan men dat, anders dan bij het relativiteitsvereiste bij buitencontractuele aansprakelijkheid, niet doen door de strekking van de verplichting ruimer uit te leggen dan de daarmee beoogde bescherming. Om die reden wordt voor dit corrigeren een zorgvuldigheidsnorm gebruikt.

Aldus zien we het volgende merkwaardige verschijnsel. Enerzijds wordt in de literatuur gemeend dat het relativiteitsvereiste wordt gecorrigeerd met behulp van zorgvuldigheidsnormen, terwijl in deze gevallen sprake is van reguliere toepassing van zorgvuldigheidsnormen en het ongelukkig is om dit te beschouwen als een correctie van het relativiteitsvereiste. Het relativiteitsvereiste wordt wel gecorrigeerd, maar dan door de strekking van de geschonden norm ruimer uit te leggen dan de daarmee beoogde bescherming. Anderzijds wordt in de literatuur gemeend dat bij contractuele verplichtingen aanspraken van derden worden gebaseerd op reguliere zorgvuldigheidsnormen, terwijl hier juist wel sprake is van een correctie op de relativiteit van de contractswerking en die correctie plaatsvindt om redenen die hetzelfde zijn als waarom het buitencontractuele relativiteitsvereiste wordt gecorrigeerd.

15.9.5 *Een voorkeursconstructie?*

696. Zowel voor het gebruik van de constructie met de aanvullende zorgvuldigheidsnorm als voor het hanteren van de constructie waarbij de relativiteit van de onrechtmatige daad, van de kwalitatieve aansprakelijkheden en van wanprestatie genuanceerd wordt, kunnen argumenten worden aangevoerd. Wezenlijk is naar mijn mening dat de redenen waarom de redelijkheid kan vergen de gelaedeerde derde een aanspraak op vergoeding van verplaatste schade te geven, niet steeds goed aansluiten bij de redenen waarom normaliter geoordeeld wordt dat iemand op grond van de in het maatschappelijk verkeer vereiste zorgvuldigheid het belang van een ander dient te ontzien. De constructie met de nuancering van de relativiteit sluit naar mijn mening het beste aan bij de reden van het bestaan van

279 Du Perron 1999, p. 270 e.v. meent dat bovendien het contractuele relativiteitsbeginsel reflexwerking heeft bij de beantwoording van de vraag of een aanvullende zorgvuldigheidsnorm kan worden aangenomen.

de aanspraak op vergoeding van verplaatste schade. Bij deze constructie is meer vanzelfsprekend dat verweren die de laedens tegenover de claimgerechtigde zou hebben gehad, ook door de laedens tegenover de gelaedeerde derde kunnen worden ingeroepen. Tegelijkertijd kan worden erkend dat wanneer voor de laedens voorzienbaar is dat door een onrechtmatige daad of een wanprestatie veroorzaakte schade zich naar een derde zal verplaatsten, en de gelaedeerde derde volgens de in § 15.8 besproken factoren aanspraak zou moeten hebben op vergoeding daarvan, het aanspreekt om te zeggen dat de laedens een norm van ongeschreven recht tegenover de derde heeft geschonden.

697. Belangrijker dan welke constructie gekozen wordt, is mijns inziens dat onderkend wordt – juist ook waar de constructie met de aanvullende zorgvuldighedsnorm wordt ingezet – dat de reden dat de gelaedeerde derde aanspraak dient te hebben op vergoeding van de naar hem verplaatste schade erin gelegen is, dat het onredelijk zou zijn om de laedens weg te laten komen zonder vergoeding ervan en het eveneens onredelijk zou zijn om de gelaedeerde derde een andere positie tegenover de laedens te geven dan de claimgerechtigde zou hebben gehad indien de schade voor zijn rekening zou zijn gekomen. Wanneer dit voor ogen wordt gehouden is het ook geen probleem dat, door het gebruik van verschillende constructies, de dogmatiek enigszins verbrokkelt.

15.10 Samenvatting

698. In dit hoofdstuk heb ik de bijzondere situatie van verplaatste schade behandeld. Ik sprak van verplaatste schade indien iemand ten gevolge van een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis schade leed, niet duidelijk is of diegene aanspraak heeft op vergoeding daarvan, maar wél duidelijk is dat als ten gevolge van dezelfde gebeurtenis dezelfde schade door een ander zou zijn geleden de laedens haar aan die ander had dienen te vergoeden. De reden om deze situatie afzonderlijk te behandelen is dat de aanspraak op schadevergoeding van de gelaedeerde derde tegenover de laedens zich erdoor kan laten rechtvaardigen dat het onredelijk zou zijn om de laedens vanwege de verplaatsing van schade weg te laten komen zonder de schade te vergoeden en het eveneens onredelijk zou zijn om deze derde een andere positie tegenover de laedens te geven dan de claimgerechtigde zou hebben gehad indien de schade voor zijn rekening zou zijn gekomen. Op deze manier kon blijken dat hetgeen ik in de vorige delen over de grenzen aan de verplichting tot schadevergoeding heb betoogd, enigszins verruimd dient te worden of althans op een bepaalde wijze nader moet worden ingevuld. In ons recht is deze figuur wel bekend, maar in de wet, jurisprudentie en doctrine nauwelijks ontwikkeld (§ 15.1).

Bloembergen heeft vooral voor aansprakelijkheid vanwege onrechtmatige daad op het verschijnsel van verplaatste schade gewezen, het verschijnsel gedefinieerd en de bijzondere rechtvaardiging van de aanspraak op schadevergoeding van de gelaedeerde derde onder woorden gebracht. Bloembergen betoogde dat de relativiteitsleer niet aan zo'n aanspraak van de gelaedeerde derde in de weg zou moeten staan en voorts dat de laedens de verweermiddelen die hem tegenover de claimgerechtigde ten dienste zouden hebben gestaan, ook tegenover de gelaede-

deerde derde in dient te kunnen roepen. Bloembergens opvattingen zijn in onze literatuur wel globaal onderschreven, maar de uitwerking is (marginaal) bekritiseerd. Ook in het Duitse en Engelse recht is een verschijnsel met deze eigenschappen in de rechtspraak en de literatuur gesignaleerd. Ik heb betoogd dat Bloembergens inzichten waardevol zijn, maar de daaraan door hem gegeven uitwerking fundamentele problemen kent. In de eerste plaats leidt Bloembergens definitie van verplaatste schade als schade die doorgaans, bij normaaltypisch verloop door de claimgerechtigde geleden wordt, tot een generalisatieprobleem: of de gelaedeerde derde dergelijke schade heeft geleden, hangt voornamelijk ervan af in welke mate men van de voorliggende casus abstraheert. In de tweede plaats is Bloembergens benadering eenzijdig: Bloembergen heeft terecht oog ervoor gehad dat voor de vraag of de laedens tegenover de gelaedeerde derde tot vergoeding van schade gehouden dient te zijn, van belang is of de laedens tegenover de claimgerechtigde aansprakelijk zou zijn indien de schade door laatstgenoemde zou zijn geleden. Bloembergen heeft er echter aan voorbijgezien dat voor het antwoord op de vraag of deze aanspraak van de gelaedeerde derde tegenover de laedens dient te bestaan, ook van belang is of deze derde meer in het algemeen dezelfde schade op eenzelfde manier rechtmatig kan worden toegebracht. In Bloembergens benadering wordt hierom te gemakkelijk een aanspraak van een gelaedeerde derde op vergoeding van verplaatste schade aangenomen. In de derde plaats is Bloembergens criterium dat het moet gaan om schade die van aanvang af door de gelaedeerde derde wordt geleden, ongelukkig. Deze beperking leidt ertoe dat in te weinig gevallen aansprakelijkheid wordt aangenomen. Het door Bloembergen onderkende probleem dat samenloop met bijzondere wettelijke regels (zoals regres en subrogatie) moet worden voorkomen, wordt bovendien niet volledig door deze beperking opgelost.

De wetgever heeft voor de situatie waarin door een aansprakelijkheidschepende gebeurtenis de claimgerechtigde letsel wordt toegebracht, eventueel met overlijden tot gevolg, in art. 6:107, 6:107 en 6:108 BW geregeld onder welke omstandigheden gelaedeerde derden tegenover de laedens aanspraak kunnen maken op schadevergoeding. Deze regelingen zijn grotendeels op de notie van verplaatste schade gebaseerd. De wetgever hanteert hierin andere criteria dan Bloembergen. Een regeling gebaseerd op verplaatste schade met een veel beperkter belang heeft de wetgever in art. 6:184 lid 2 BW opgenomen. Dit alles gaf aanleiding om de figuur van de verplaatste schade ook buiten de situatie van letsel of overlijden te ontwikkelen en scherper in beeld te krijgen onder welke omstandigheden een aanspraak van de gelaedeerde derde op vergoeding van verplaatste schade dient te bestaan en wat de dogmatische grond voor deze aanspraak is (§ 15.2).

Voor diverse situaties heb ik onderzocht wanneer een gelaedeerde derde aanspraak heeft op vergoeding van verplaatste schade. Het gaat om casus waarin schade zich verplaatst van de aannemer naar de opdrachtgever, van degene die opdracht heeft gegeven om werkzaamheden te verrichten naar de eigenaar van de zaak waaraan werkzaamheden zijn verricht, van de verhuurder naar de huurder van een zaak, van degene die een vordering tot zekerheid cedeert naar de cessionaris, en van degene die een goed overdraagt naar de verkrijger van dat goed (§ 15.3 t/m 15.7).

Of de derde naar wie schade zich heeft verplaatst tegenover de laedens aanspraak dient te hebben op vergoeding daarvan, hangt af van verschillende omstandigheden. Noodzakelijk voor het bestaan van deze aanspraak van de gelaedeerde derde is allereerst dat aan een tweetal ingangsvoorwaarden is voldaan: ten eerste dient de laedens jegens de claimgerechtigde aansprakelijk te zijn en ten tweede dient de laedens, in de situatie waarin de door de derde geleden schade voor rekening van de claimgerechtigde zou zijn gekomen, gehouden te zijn deze schade aan de claimgerechtigde te vergoeden. Naast deze twee ingangsvoorwaarden is voor het bestaan van de aanspraak van de gelaedeerde derde noodzakelijk, dat deze derde op toereikende wijze een positie van de claimgerechtigde heeft overgenomen. Diverse factoren kunnen vervolgens maken dat aan de gelaedeerde derde juist geen aanspraak tegenover de laedens toekomt: de claimgerechtigde kan door middel van abstracte schadebegroting zelf vergoeding van de verplaatste schade van de laedens vorderen; de gelaedeerde derde heeft tegenover de claimgerechtigde aanspraak op vergoeding van zijn schade; of er is sprake van samenloop met een bijzondere wettelijke regeling die ziet op het bestaan van een aanspraak op vergoeding van de verplaatste schade (§ 15.8).

De aanspraak op vergoeding van verplaatste schade laat zich dogmatisch in hoofdzaak op twee verschillende manieren construeren. In de eerste plaats is in allerlei gevallen mogelijk om ingeval een aanspraak op vergoeding van verplaatste schade dient te bestaan, aan te nemen dat de laedens tegenover de gelaedeerde derde een norm van ongeschreven recht heeft geschonden op grond waarvan de verplaatste schade dient te worden vergoed. Deze constructie laat zich echter niet goed hanteren ingeval de laedens de betrokkenheid van het belang van de gelaedeerde derde niet voorzag en daarmee ook geen rekening behoefde te houden en ook niet wanneer de aansprakelijkheid van de laedens niet op schuld is gebaseerd. In de tweede plaats laat de aanspraak van de gelaedeerde derde op vergoeding van verplaatste schade zich construeren door de relativiteit van de onrechtmatige daad, van de kwalitatieve aansprakelijkheden en van de contractswerking te nuanceren. Voor onrechtmatige daad en kwalitatieve aansprakelijkheid sluit dat aan bij de nuancering van het relativiteitsvereiste in het algemeen (§ 8.3.2) op de grond dat de schadesituatie qua persoon van de claimgerechtigde, het soort schade en de wijze van ontstaan voldoende lijkt op de schadesituaties waartegen met de geschonden norm of de toepasselijke kwalitatieve aansprakelijkheid beoogd is te beschermen. Voor aansprakelijkheid vanwege wanprestatie bereikte ik de nuancering van de relativiteit van de contractswerking door aan te nemen dat op grond van art. 6:248 lid 1 BW een aanspraak van een gelaedeerde derde tegenover de schuldenaar tot vergoeding van verplaatste schade kon worden gebaseerd. Verder heb ik betoogd dat bij de benadering in de jurisprudentie en de doctrine, waarin voor het antwoord op de vraag of een wanprestatie leidt tot aansprakelijkheid jegens een derde beslissend is of de wanpresterende partij bij de uitvoering van de overeenkomst het belang van die derde had dienen te ontzien, wordt miskend dat in allerlei situaties waarin een wanpresterende contractspartij aansprakelijk is of dient te zijn jegens een derde sprake is van verplaatste schade. De ratio voor het bestaan van de aanspraak van de gelaedeerde derde op de wanpresterende contractspartij is dan niet de gehoudenheid van die partij om rekening te houden met belangen van derden maar de omstandigheid dat de positie van de derde voldoende lijkt op die van de claimgerechtigde. Wel-

ke constructie men hanteert maakt in het algemeen nauwelijks uit, zolang men maar voor ogen houdt dat de werkelijke reden is om de gelaedeerde derde een aanspraak op schadevergoeding te geven gelegen is in de schadeverplaatsing (§ 15.9).

16.1 Inleiding

699. Soms heeft de laedens opzettelijk of bewust roekeloos een norm geschonden en op die wijze schade veroorzaakt. Dit kan tot een ruimere aansprakelijkheid van de laedens leiden dan in het geval geen sprake zou zijn van opzet of bewuste roekeloosheid. In dit hoofdstuk behandel ik de betekenis van deze maten van verwijtbaarheid voor de reikwijdte van aansprakelijkheid.¹

In de literatuur heeft deze kwestie, meestal in verband met de toerekening van de door een onrechtmatige daad veroorzaakte schade, enige aandacht gekregen. Brunner schreef dat in ons recht reeds lang wordt betoogd dat opzet gericht op een bepaald schadelijk gevolg, toerekening van dat gevolg rechtvaardigt ongeacht de verwijderdheid, de onwaarschijnlijkheid of de bijzondere aard van de schade.² Langemeijer ging verder en betoogde dat waar een onrechtmatige daad wordt gepleegd met het opzet om schade aan een ander toe te brengen, toerekening van alle voor die ander veroorzaakte schade gerechtvaardigd is.³ Van Schellen,⁴ Schut⁵ en Klaassen⁶ betoogden, net als meer in het algemeen de auteurs die Brunners deelregels aanhangen,⁷ dat in het geval van een opzettelijk gepleegde onrechtmatige daad schade ruimer kan worden toegerekend. Schoordijk⁸ kon zich in deze ruimere toerekening minder goed vinden; voor hem sprak minder dat degene die opzettelijk of op roekeloze wijze een verkeersnorm schendt en daarbij heel geringe schade aan een ander toebrengt, zou moeten opkomen voor alle schade die daarvan het gevolg is. Volgens Schoordijk dient de toerekening meer “*ethisch-indifferent*” en meer als “*social engineering*” te worden benaderd. In het geval van wanprestatie gold onder het oude recht, overeenkomstig het gedachtegoed van Pothier, dat de voorzienbaarheidseis van art. 1283 (oud) BW niet gesteld werd in het geval van een arglistige wanprestatie, maar bleef wel de voorwaarde gelden dat de schade een onmiddellijk en dadelijk gevolg is van de wanprestatie.⁹ Krans meende dat

1 In het algemeen, zo betoogde ik in § 4.5.3, doet de mate van schuld van de laedens verder niet ter zake bij de schadetoerekening.

2 Brunner 1981a, p. 251.

3 Langemeijer 1981, p. 118. In deze richting lijkt ook Van Schellen 1985a, nr. 55 te denken.

4 Van Schellen 1972, p. 144 t/m 154; Van Schellen 1985a, nr. 55.

5 Schut 1978, p. 402.

6 Klaassen 2017, p. 55.

7 Zie § 4.1.

8 Schoordijk 1979, p. 242.

9 Zie nader § 2.2; met de aanvaarding door de Hoge Raad van de leer van de adequate veroorzaking in 1927 werd echter een voorzienbaarheidseis in de voorwaarde onmiddellijk en dadelijk gevolg van art. 1284 (oud) BW gelezen, waardoor de voorzienbaarheidseis ook ging gelden in geval van arglist.

opzet, en in het bijzonder de slechte intentie van de schuldenaar, een ruimere toerekening van veroorzaakte schade rechtvaardigt.¹⁰ Van Kogelenberg heeft in zijn dissertatie betoogd dat als wanprestatie wordt gepleegd met het oog op een financieel voordeel of het voorkomen van financieel nadeel van de schuldenaar, de grenzen aan toerekenbaarheid van schade, waaronder voorzienbaarheid, niet meer onverkort gelden.¹¹

700. De termen opzet en bewuste roekeloosheid laten zich op uiteenlopende wijzen begrijpen. Ik vang hierom aan met een nadere begripsbepaling (§ 16.2). Vervolgens bespreek ik op welke wijze het opzet of de bewuste roekeloosheid van de laedens kan leiden tot een zelfstandige normschending die de laedens aansprakelijk maakt voor de daardoor veroorzaakte schade (§ 16.3). Daarna bespreek ik de betekenis van deze maten van verwijtbaarheid voor de verschillende in dit boek behandelde grenzen aan aansprakelijkheid (§ 16.4). Ik sluit af met een samenvatting (§ 16.5).

16.2 De begrippen opzet en bewuste roekeloosheid

701. De begrippen opzet en bewuste roekeloosheid behoeven allereerst enige nadere specificatie. Ik zal ervan uitgaan dat opzet aan de zijde van de laedens een omstandigheid is die te maken heeft met het door de laedens willen van een bepaald gevolg en het tegelijkertijd ook weten dat het gewilde gevolg zal of kan intreden.¹² Het willen en weten van de laedens kan op uiteenlopende zaken gericht zijn en zich daarnaast in verschillende gradaties voordoen. Het willen en weten kan, voor zover hier van belang, gericht zijn op het (niet-)uitvoeren van een bepaalde gedraging, op het met die gedraging schenden van een bepaalde norm en op de gevolgen van die gedraging, waaronder het benadelen van een ander of het bewerkstelligen van een voordeel voor zichzelf. Wat betreft de gradaties van het willen en weten kan de laedens het oogmerk hebben om een gedraging te verrichten, daarmee een norm te schenden en/of een bepaald gevolg te doen intreden, weten dat deze gedraging, de normschending of het gevolg noodzakelijk zal plaatsvinden of intreden, of weten dat daarop een aanmerkelijke kans bestaat. De ondergrens van opzet ligt bij deze laatste variant.¹³ Indien de kans op het intreden van een schadelijk gevolg vanwege een normschendende gedraging geringer is dan aanmerkelijk, maar het intreden van het gevolg nog bepaald niet denkbeeldig is en bovendien bewust door de laedens wordt aanvaard, zal ik spreken van bewuste roekeloosheid.¹⁴

In één casus kunnen verschillende opzetelementen tegelijkertijd aanwezig zijn. Indien bijvoorbeeld een taxichauffeur omrijdt om zo de rekening hoger te doen uitvallen, is sprake van oog-

10 Krans 1999, p. 141, 142.

11 Van Kogelenberg 2013, p. 174.

12 Vgl. De Hullu 2015, p. 233. Ik neem hier deze ruime definitie tot uitgangspunt. Het voordeel van het hanteren van deze ruime definitie, waarbinnen nog weer diverse onderscheidingen worden gehanteerd, is dat voor een ruime categorie van omstandigheden de civielrechtelijke rechtsgevolgen onderzocht kunnen worden en aldus in beeld komt welk opzet civielrechtelijk relevant is.

13 De Hullu 2015, p. 234 t/m 242.

14 Vgl. advocaat-generaal Koopmans in zijn conclusie vóór HR 7 december 1990, NJ 1991/596, nr. 6 en Haazen 2015, p. 319.

merk zowel op het omrijden als op het daarmee te behalen voordeel en bestaat tevens noodzakelijkheidsbewustzijn ten aanzien van het voor de passagier te veroorzaken nadeel en het schenden van een norm.

Deze diversiteit van begrippen maakt dat niet in het algemeen zonder meer de betekenis van opzet of bewuste roekeloosheid behandeld kan worden, maar in plaats daarvan de vraag dient te worden beantwoord wat voor de reikwijdte van aansprakelijkheid de betekenis is van het willen en weten van de laedens met een bepaalde gerichtheid en een bepaalde gradatie.

16.3 Zelfstandige normschending vanwege het opzet of de bewuste roekeloosheid

702. Het handelen door de laedens met opzet kan op zichzelf al maken dat de laedens een norm schendt. Hetzelfde geldt voor bewust roekeloos handelen door de laedens. In de eerste plaats kan het handelen met de gerichtheid op het toebrengen van schade aan een ander onrechtmatig zijn juist vanwege deze gerichtheid. Het opzettelijk toebrengen van letsel en het opzettelijk beschadigen van een zaak is, behoudens rechtvaardigingsgrond, vrijwel steeds onrechtmatig. Slechts in de situaties waarin de kans op het ontstaan van het beoogde letsel of de zaakschade buitengewoon klein is, kan het naar ik meen geoorloofd zijn om met deze gerichtheid te handelen.¹⁵

Wie bijvoorbeeld een regulier vliegticket naar een zonnige vakantiebestemming voor een ander koopt, met de bedoeling en in de hoop dat het vliegtuig zal neerstorten en die ander zo om het leven komt, handelt, ook als het vliegtuig daadwerkelijk neerstort, mijns inziens, niet zonder meer onrechtmatig. Dit is vanzelfsprekend een nogal academische kwestie omdat men in werkelijkheid niet zo zal handelen, juist niet omdat de kans dat het beoogde gevolg intreedt zo buitengewoon gering is.

Indien het willen en weten gericht is op het toebrengen van zuivere vermogensschade aan een ander, hangt het van de omstandigheden af of een onrechtmatige daad wordt gepleegd.

Zo is het beconcurreren van een ander en het aldus aan hem met noodzakelijkheidsbewustzijn toebrengen van schade in het algemeen niet onrechtmatig, maar het wegsluizen van iemands banksaldo wel.

703. Wanneer de gerichtheid op het toebrengen van schade maakt dat om die reden onrechtmatig wordt gehandeld, bestaat voor de beoogde schade, wanneer zij intreedt, in beginsel ook aansprakelijkheid: met de geschonden norm werd dan juist beoogd te beschermen tegen die schade.¹⁶ De vraag naar de betekenis van opzet en bewuste roekeloosheid voor de reikwijdte van aansprakelijkheid gaat

15 In deze zin ook: Van Eikema Hommes 1972, p. 181 en Hart & Honoré 1985, p. 170, 171.

16 Zie § 3.7 over de regel dat waar met de geschonden norm beoogd is te beschermen tegen de door de normschending veroorzaakte schade, deze schade ook kan worden toegerekend. Op deze wijze komt men tot de in nr. 699 weergegeven opvatting van Brunner.

hier naar mijn mening op in de vraag of het handelen met bepaald opzet of het bewust roekeloos handelen onrechtmatig is.

Enige moeilijkheid bij het op deze manier bepalen van de reikwijdte van aansprakelijkheid ontstaat hierbij wanneer het opzet van de laedens gericht is op een bepaald schadelijk gevolg, en niet dat gevolg intreedt maar wel een gevolg dat erop lijkt.¹⁷ Mogelijk is dat het opzet gericht is op het toebrengen van bepaald letsel aan een bepaald persoon, terwijl dat letsel aan een ander persoon wordt toegebracht. Het opzet van de laedens kan verder bijvoorbeeld gericht zijn op het beschadigen van het linkeroog van de gelaedeerde, terwijl de laedens het rechteroog beschadigt.¹⁸ Ook is mogelijk dat het beoogde gevolg wel intreedt, maar op een andere wijze dan de laedens voor ogen stond: de laedens vergiftigt het eten van een ander met de bedoeling diegene door vergiftiging om het leven te brengen. Het gif heeft echter geen dodelijke werking, maar wel wordt het slachtoffer met een ambulance afgevoerd, waarbij die ambulance wordt aangereden door een vrachtwagen ten gevolge waarvan het slachtoffer dodelijk gewond raakt en overlijdt.¹⁹ Men zou dergelijke problemen kunnen oplossen door hetgeen waarop het opzet gericht is enigszins te generaliseren: het opzet is niet zozeer gericht op het toebrengen van letsel aan een bepaald persoon, maar op het toebrengen van letsel; of het opzet is in deze voorbeelden niet zozeer gericht op het beschadigen van het linkeroog van de gelaedeerde, maar op het beschadigen van het oog van de gelaedeerde, zo zou men kunnen zeggen.²⁰ Mijns inziens is dat generaliseren van hetgeen waarop het opzet gericht is niet een verkieslijke oplossing. Het is gekunsteld omdat het in strijd is met het in werkelijkheid bij de laedens aanwezige opzet. Bovendien bestaat het gevaar dat in deze benadering gemakshalve niet gemotiveerd wordt waarom dat generaliseren in een bepaalde mate is toegestaan. Die motivering is echter cruciaal omdat duidelijk is dat het generaliseren op enig moment ontoelaatbaar wordt (bijvoorbeeld tot het opzet op het toebrengen van schade in het algemeen).²¹ In plaats daarvan is het beter om het beschermingsbereik van de geschonden norm op redelijkheidsgronden uit te breiden wanneer het ingetreden gevolg niet relevant anders is dan het gevolg waar het willen en weten van de laedens op gericht was.²²

704. In het voorgaande besprak ik de situatie waarin het handelen met de gerichtheid op het toebrengen van schade aan een ander onrechtmatig is juist vanwege deze gerichtheid. Daarnaast kan, in de tweede plaats, met een gedraging die plaatsvindt met het opzet op het schenden van een norm, op het toebrengen van nadeel en/of op het verkrijgen van een voordeel, tegelijkertijd een zorgvuldigheidsnorm worden geschonden waarmee beoogd is te beschermen tegen een bepaald gevaar dat door de gedraging wordt veroorzaakt.

Wie bijvoorbeeld een kostbare zaak uit een winkel wegneemt en daarmee de winkel uitrent, neemt het risico dat de winkelier de achtervolging inzet met mogelijk een ongeval en eventueel zelfs ernstig letsel voor de winkelier of een ander tot gevolg.²³

17 Vgl. in dit verband Moore 2009, p. 204 e.v. over de doctrine van 'transferred intent'.

18 Het voorbeeld is ontleend aan Moore 2009, p. 205, 206.

19 Het voorbeeld ontleen ik aan Hart & Honoré 1985, p. 170.

20 Vgl. ook HR 11 maart 1937, *NJ* 1937/899 m.nt. E.M.M. Meijers (*Holdisco*) waarbij opzettelijk onjuiste mededelingen worden gedaan om iemand tot de koop van aandelen te bewegen, en een ander door de mededelingen tot deze koop wordt bewogen. Zie over dit probleem in het strafrecht ook De Hullu 2015, p. 228 t/m 230.

21 Hier speelt dezelfde problematiek als bij het generaliseren van het beschermingsdoel van een norm in het algemeen (§ 8.3.2), en bij het generaliseren van de schade zoals geleden bij de beantwoording van de vraag of die schade voorzienbaar is (§ 4.3.2).

22 Zie hierover § 7.2.3 en 8.3.

23 Vgl. BGH 13 juli 1971, *BGHZ* 57, 25, *NJW* 1971, 1980.

Men zou in een dergelijke casus kunnen zeggen dat het wegnemen van een kostbare zaak uit een winkel een opzettelijke normschending is en daarom ruime aansprakelijkheid voor veroorzaakte schade dient te bestaan, zodanig dat ook het letsel van de winkelier vergoed dient te worden. Mijns inziens is het overtuigender en rationeler om in zo'n casus de aansprakelijkheid voor de veroorzaakte schade niet te baseren op de onrechtmatige diefstal maar op de onrechtmatige gevaarstelling die erin bestaat dat met de diefstal tevens het risico van een mogelijk gevaarlijke achtervolging door de winkelier gecreëerd wordt. De aansprakelijkheid voor de schade die daarbij ontstaat, laat zich dan eenvoudig rechtvaardigen op de grond dat de gevaarstelling onrechtmatig was juist met het oog op de schade zoals geleden.

De zaak *X/Hoogheemraadschap Rijnland*²⁴ illustreert deze kwestie van de keuze van de geschonden norm. X beoogde in het dagelijks bestuur van het hoogheemraadschap verkozen te worden. Op grond van het geldende kiesreglement diende een opgave tot kandidaatstelling te worden ondertekend door ten minste tien personen die bevoegd zijn tot kandidaatstelling. Kennelijk omdat X er niet in slaagde deze tien handtekeningen te verkrijgen, tekende hij op zijn kandidaatstelling de handtekeningen van enkele tot kandidaatstelling bevoegde personen over. Na onherroepelijke geldigverklaring van de kandidatuur van X werd deze fraude ontdekt. Het stembureau achtte zich op grond van het toepasselijke kiesreglement echter niet bevoegd de kandidatuur alsnog ongeldig te verklaren. X gaf vervolgens in een open brief, gepubliceerd op de website van het hoogheemraadschap, toe dat hij had gerommeld met de verklaringen. Vervolgens werden gewoon verkiezingen gehouden en verkreeg X voldoende stemmen voor een plaats in het dagelijks bestuur. Het dagelijks bestuur besloot echter X niet toe te laten. X vocht dat besluit bestuursrechtelijk aan – klaarblijkelijk niet voorzienend welke draconische consequenties dat voor hem uiteindelijk zou hebben. De Afdeling Bestuursrechtspraak vernietigde het niet-toelatingsbesluit van het dagelijks bestuur op de grond dat dit bestuur niet bevoegd was tot het nemen van een dergelijk besluit. Volgens de Afdeling voorzag het kiesreglement niet in een regeling voor deze situatie. Niettemin oordeelde de Afdeling dat de verkiezing van X ongeldig was en dat een nieuwe verkiezing diende plaats te vinden. X stelde zich vervolgens alsnog kandidaat, met voldoende handtekeningen, en werd alsnog gekozen. Het hoogheemraadschap vorderde van X op grond van onrechtmatige daad een bedrag van ruim drie en een halve ton als vergoeding voor met name gemaakte kosten voor de herverkiezing. X voerde aan dat de schade niet kon worden toegerekend omdat het uitschrijven van nieuwe verkiezingen voor hem niet te voorzien was: bestuursrechtelijk bestond daarvoor immers geen duidelijke basis terwijl bovendien besturen van andere hoogheemraadschappen hem, ondanks ook daar gepleegde fraude, hadden toegelaten. Het hof baseerde de aansprakelijkheid van X op schending met minstens grove schuld van de bepaling in het kiesreglement over de opgave tot kandidaatstelling en rekende deze schade toe. De Hoge Raad plaatste de zaak in het door X ingestelde cassatieberoep meer in de sleutel van de door X gepleegde fraude en oordeelde ter zake van de voorzienbaarheid: “*dergelijke maatregelen* [het uitschrijven van nieuwe verkiezingen] [zijn] *reeds in het algemeen redelijkerwijs te verwachten als gevolg van frauduleus handelen bij verkiezingen.*” (rov. 3.6.6).

De benadering van de Hoge Raad in deze zaak is mijns inziens gelukkiger dan die van het hof. Als men vaststelt dat de bepaling in het kiesreglement met grove schuld is geschonden, laat zich niet eenvoudig zeggen hoever de aansprakelijk-

24 HR 25 maart 2011, NJ 2011/139 (*X/Hoogheemraadschap Rijnland*).

heid van daardoor veroorzaakte schade dient te gaan. Door, zoals de Hoge Raad doet, de nadruk op de gepleegde fraude te leggen, komt de vraag naar de reikwijdte van de aansprakelijkheid eenvoudiger te liggen. Wie immers door het opzettelijk geven van een verkeerde voorstelling van zaken een ander tot het verrichten van bepaalde handelingen beweegt, kan zich, indien die ander dat ontdekt en kosten maakt om de op die verkeerde voorstelling van zaken gebaseerde handelingen ongedaan te maken, niet goed erop beroepen dat die handelingen onvoorzienbaar waren. Met de dan geschonden norm is immers ook beoogd te beschermen tegen schade die deze ander lijdt door het maken van die kosten.

16.4 Opzet en bewuste roekeloosheid en de grenzen aan aansprakelijkheid

16.4.1 Inleiding

705. In het voorgaande heb ik besproken dat het handelen van de laedens met opzet of bewuste roekeloosheid soms kan maken dat de laedens een norm schendt en met die norm beoogd is te beschermen tegen de door die normschending veroorzaakte schade. Op die manier laat zich vaststellen dat de laedens voor deze schade aansprakelijk is. Nu bespreek ik voor de in dit boek behandelde grenzen aan aansprakelijkheid welke invloed de genoemde maten van verwijtbaarheid daarop hebben. Ik bespreek dit achtereenvolgens voor de situatie waarin de schadevergoedingsremedie niet aan de geschonden norm is gekoppeld (§ 16.4.2), voor de situatie waarin het normatieve verband tussen de aansprakelijkheidschepende gebeurtenis en de schade ontoereikend is (§ 16.4.3), voor de situatie waarin een aanspraak op schadevergoeding een andere (verhaals)regeling onaanvaardbaar zou doorkruisen (§ 16.4.4), voor de situaties waarin bijzondere omstandigheden aan de zijde van de gelaedeerde aanleiding geven tot een andere begrenzing van aansprakelijkheid (§ 16.4.5) en voor de situatie van verplaatste schade (§ 16.4.6). Tot slot bespreek ik de bijzondere betekenis van het oogmerk van de laedens om met de normschending een voordeel te behalen (§ 16.4.7).

Overigens kunnen opzet en bewuste roekeloosheid van de laedens maken dat diverse niet in dit boek behandelde grenzen aan aansprakelijkheid niet langer gelden, onder meer: overeengekomen aansprakelijkheidsbeperkingen,²⁵ grenzen aan de aansprakelijkheid van een werknemer tegenover een werkgever (art. 7:658 lid 2 BW, art. 7:661 lid 1 BW en art. 6:170 lid 3 BW) en grenzen aan de aansprakelijkheid van een vervoerder (bijvoorbeeld art. 8:1108 BW en art. 8:1584 BW). Dit laat ik hier verder buiten beschouwing.

16.4.2 De schadevergoedingsremedie is niet aan de geschonden norm gekoppeld

706. In hoofdstuk 5 bleek dat ongeacht de met een norm beoogde bescherming, voor de gelaedeerde de nakomings- en schadevergoedingsremedie soms niet aan die norm gekoppeld zijn. Derden die geen partij zijn bij een overeenkomst kun-

25 Zie hierover bijvoorbeeld Asser/Sieburgh 6-I 2016, nr. 364.

nen in beginsel niet de schuldenaar aanspreken tot nakoming van de uit die overeenkomst voortvloeiende verplichtingen, ongeacht de met zo'n verplichting beoogde bescherming, en hebben ook geen aanspraak op schadevergoeding in het geval de schuldenaar in de nakoming daarvan tekortschiet. In het geval van wettelijke verplichtingen voor een specifieke overheidsinstantie bleken burgers soms, ongeacht de met de verplichting beoogde bescherming, geen aanspraak op nakoming van die verplichting en/of schadevergoeding in het geval van schending van die verplichting te hebben.

In deze gevallen leidt de omstandigheid dat de norm opzettelijk of bewust roekeloos wordt geschonden, mijns inziens niet ertoe dat de gelaedeerde aan de geschonden norm wel een aanspraak op schadevergoeding kan ontlenen. Het opzettelijk tekortschieten in de nakoming van een verbintenis uit overeenkomst leidt als uitgangspunt niet tot aansprakelijkheid jegens derden die geen partij zijn bij de overeenkomst.²⁶ Niet zie ik verder in waarom het door een specifieke overheidsinstantie schenden van een wettelijke norm waarmee niet bedoeld is om een burger aanspraak op nakoming en/of schadevergoeding te geven, toch zou maken dat een burger een aanspraak op schadevergoeding heeft indien de normschending opzettelijk heeft plaatsgevonden. Wel kunnen opzetvarianten of bewuste roekeloosheid aan de zijde van de laedens van belang zijn voor het antwoord op de vraag of door hem een norm van ongeschreven recht is geschonden.

16.4.3 *Ontoereikend normatief verband tussen de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis en de schade*

707. De in hoofdstuk 8 t/m 11 behandelde redenen waarom ontoereikend normatief verband aanwezig is tussen de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis en de daardoor veroorzaakte schade om een verplichting tot vergoeding van de schade aan te nemen, gelden mijns inziens ook wanneer sprake is van opzet van de laedens in de verschillende varianten of van bewuste roekeloosheid.

Ik geef een voorbeeld per grens. In verband met de grens dat de schade niet beantwoordt aan het doel van de geschonden norm (grens I) valt te denken aan een variant op de in nr. 427 besproken zaak *Astrazeneca/Amicon*.²⁷ Indien in deze zaak de zorgverzekeraars zouden hebben geweten dat het door hen stimuleren van het door artsen voorschrijven van goedkopere, merkloze medicijnen in plaats van duurere specialités in strijd was met de regelgeving die beïnvloeding van artsen ter zake verbiedt, zie ik daarin, en in het gegeven dat voordeel voor de zorgverzekeraars beoogd werd en nadeel voor geneesmiddelenfabrikanten een noodzakelijk gevolg was, nog steeds geen reden om voor de door de geneesmiddelenfabrikanten geleden schade wel aansprakelijkheid te laten bestaan. Wezenlijk hierbij is mijns inziens dat dit stimuleren om een andere reden verboden was en opzettelijke concurrentie in het algemeen is toegestaan. Wat de grens van het rechtmatig alternatief (grens II) betreft, kan gedacht worden aan het in nr. 433 besproken exploiteren van een installatie zonder de benodigde vergunning en het daarmee genereren van voordelen en berokkenen van nadelen voor anderen, terwijl op zichzelf wel mogelijk was om een vergunning te verkrijgen die het handelen dekte. Het gegeven dat sprake is van opzet, maakt mijns inziens niet

26 Met dien verstande dat opzet van de laedens wel van belang kan zijn bij de figuur van de verplaatste schade en aldus ook in het geval van een wanprestatie eraan kan bijdragen dat een derde die geen partij is bij de overeenkomst de schuldenaar tot schadevergoeding kan aanspreken, zie nader § 16.4.6.

27 HR 10 november 2006, NJ 2008/491 m.nt. J.B.M. Vranken (*Astrazeneca/Amicon*).

dat voor de veroorzaakte schade wel aansprakelijkheid bestaat.²⁸ Ter zake van het niet door een norm van ongeschreven recht beschermde belang (grens III) valt te denken aan een variant op de in nr. 478 besproken *Taxusstruik*-zaak. De *taxusstruik* wordt nu opzettelijk op het perceel van de buurman neergelegd en daardoor wordt opzettelijk een rechtsinbreuk gepleegd. Naar ik meen bestaat voor de schade vanwege het overlijden van het paard dat van de *taxusstruik* eet, nog steeds geen aansprakelijkheid. Tot slot kan in verband met de grens van het niet-vergrote risico (grens IV) gedacht worden aan een variant op de in nr. 494 besproken *taxicasus*. Een taxichauffeur rijdt opzettelijk, teneinde zijn inkomsten te vergroten, om. De taxi wordt tijdens dat omrijden getroffen door een omwaaiende boom met ernstig letsel van de passagier tot gevolg. Het letsel is een gevolg van de opzettelijke wanprestatie van de taxichauffeur maar geldt als verwezenlijking van een niet-vergroot risico waardoor daarvoor mijns inziens geen aansprakelijkheid bestaat.

708. De reden waarom het opzet van de laedens voor deze vier grenzen aan aansprakelijkheid nauwelijks van belang is, lijkt mij erin gelegen te zijn dat deze grenzen erop gebaseerd zijn dat de schade zoals geleden meer in het algemeen op eenzelfde wijze rechtmatig kan ontstaan of kan worden toegebracht en dan geaccepteerd is dat deze schade voor rekening van de gelaedeerde komt. Het gegeven dat de schade door een normschendende gedraging wordt toegebracht, is onvoldoende reden om het risico van deze schade bij de laedens te leggen.²⁹ Het opzet van de laedens legt onvoldoende gewicht in de schaal om tot een andere conclusie te geraken. Zoals in § 16.3 besproken, kan het opzet van de laedens wel maken dat de laedens nog een andere norm schendt waarmee wel beoogd is te beschermen tegen de schade zoals geleden.

709. Elk van deze vier grenzen aan aansprakelijkheid bleek aan nuancering onderhevig ingeval de schadesituatie qua persoon van de gelaedeerde, het soort schade en de wijze van veroorzaking sterk overeenkwam met de schadesituaties waartegen met de geschonden norm beoogd was te beschermen.³⁰ Om deze reden ligt bij elk van de vier grenzen een grijs gebied: het beschermingsdoel van de geschonden norm oefent daar ongeveer gelijke normatieve kracht uit als het gegeven dat meer in het algemeen dezelfde schade op eenzelfde manier rechtmatig kan worden toegebracht en dan voor rekening van de gelaedeerde blijft. Juist omdat in dit gebied de redenen om voor de veroorzaakte schade wel aansprakelijkheid te laten bestaan ongeveer even zwaar wegen als de redenen om daarvoor geen aansprakelijkheid te laten bestaan, kan het gegeven dat sprake is van opzet mijns inziens net een beslissend verschil maken.

Te denken valt aan de in nr. 484 behandelde zaak *The Wagon Mound*³¹ waarin bunkerolie wegglekte bij het onzorgvuldig innemen ervan door een schip, de weggeglekte bunkerolie bij een werf aanspoelde, en een dag later vlamvatte met als gevolg dat deze werf grotendeels werd verwoest. De Judicial Committee of the Privy Council oordeelde dat de schadevergoedingsverplichting

28 Tot deze conclusie komt men ook in de benadering van de Hoge Raad waar in deze situatie zelfs geen sprake is van een onrechtmatige daad.

29 Zie § 8.2, 9.2 en 9.3, 10.2 en 11.2 voor respectievelijk de grenzen I t/m IV.

30 Zie § 8.3, 9.3, 10.3, en 11.3.

31 *Overseas Tankship (UK) Ltd. v. Morts Dock and Engineering Co. Ltd. (The Wagon Mound No. 1)* [1961] UKPC 2; [1961] AC 388; [1961] 1 All ER 404.

zich niet uitstrekke tot de schade die door de brand was veroorzaakt, op de grond dat de laedens niet wist en redelijkerwijs ook niet kon weten dat bunkerolie op water brandbaar was.

Het laten weglekken van grote hoeveelheden bunkerolie kan wel tot schade leiden; onder meer door voor het opruimen ervan te maken kosten of doordat de verontreiniging de bedrijfsvoering belemmert. Dergelijke schade is nog behoorlijk anders dan de schade die door de brand ontstond. Omdat geen norm van ongeschreven recht bestaat in verband met het brandgevaar, strekt de aansprakelijkheid zich niet uit tot de veroorzaakte schade. Indien echter de olie opzettelijk zou zijn geloosd, is dat mijns inziens reden om het verschil in schade niet voldoende relevant te achten en voor de veroorzaakte brandschade in beginsel wel aansprakelijkheid te laten bestaan.

16.4.4 De doorkruising van een andere (verhaals)regeling

Inleiding

710. Opzet van de laedens kan ook van belang zijn in verband met de in hoofdstuk 13 behandelde bijzondere grens aan aansprakelijkheid bij de doorkruising van een andere (verhaals)regeling. In het navolgende bespreek ik de betekenis van opzet van de laedens in het geval van de in hoofdstuk 13 behandelde doorkruisingssituaties: schadeverhaal door de overheid, verhaal van de afgeleide schade van een aandeelhouder en verhaal van de afgeleide schade van een verzekeraar. Verder behandel ik de betekenis van opzet bij de doorkruising van het limitatieve stelsel van art. 6:107, 6:107a en 6:108 BW en van de doorkruising van de regeling van de proceskostenveroordeling (art. 237 t/m 242 Rv).

Blokkeren beroep door de overheid op onrechtmatige daad; doorkruisingsleer

711. In het geval van privaatrechtelijk kostenverhaal door de overheid is het uitgangspunt, dat ook als de overheid kosten heeft gemaakt vanwege een onrechtmatige daad die met opzet of grove schuld is gepleegd, de eventuele blokkade vanwege de onaanvaardbare doorkruising van een publiekrechtelijke regeling onverminderd van kracht blijft. Voor het geval van gemaakte brandweerkosten oordeelde de Hoge Raad in deze zin in *Vlissingen/Rize Denizcilik*:³²

“Nu verhaal langs publiekrechtelijke weg is uitgesloten op voormelde aan het openbaar belang ontleende gronden, zou kostenverhaal langs privaatrechtelijke weg neerkomen op een onaanvaardbare doorkruising van deze publiekrechtelijke regeling. Tegen deze achtergrond is er ook geen reden hierbij een uitzondering te maken voor gevallen waarin de brand te wijten is aan opzet of grove schuld.” (rov. 3.7)

In *Valse Aangifte*³³ heeft de Hoge Raad op dit uitgangspunt een uitzondering aanvaard. In deze zaak was een beroving van een kledingzaak in scène gezet en van die beroving opzettelijk valse aangifte gedaan. Het doel hiervan was om een

32 HR 11 december 1992, NJ 1994/639 m.nt. M. Scheltema (*Vlissingen/Rize Denizcilik*).

33 HR 14 februari 2017, NJ 2017/140 m.nt. S.D. Lindenberg (*Valse aangifte*).

verzekeringsuitkering te verkrijgen. Na zijn oordeel dat het verhaal van de gemaakte opsporingskosten op grond van de gepleegde onrechtmatige daad zou leiden tot een onaanvaardbare doorkruising van het publiekrecht, oordeelde de Hoge Raad:

“Dat is echter anders als vaststaat dat degene die de aangifte heeft gedaan, niet alleen wist dat het feit niet is gepleegd, maar de aangifte ook heeft gedaan met geen ander doel dan de politie te schaden en bij de aangifte wist of moest begrijpen dat deze de politie zou nopen of bewegen tot nodeloze opsporingshandelingen. Kostenverhaal valt in dat geval niet meer aan te merken als een onaanvaardbare doorkruising”. (rov. 3.4.3)

Wanneer de laedens dus met de aangifte geen ander doel zou hebben gehad dan om de politie te schaden en bij de aangifte wist of moest begrijpen dat deze de politie zou nopen of bewegen tot nodeloze opsporingshandelingen, is geen sprake meer van een onaanvaardbare doorkruising. Naar ik meen, valt meer in het algemeen in het geval waarin de laedens het oogmerk heeft gehad om een overheidsinstantie schade toe te brengen, niet in te zien waarom deze laedens zich zou kunnen beroepen op de rechtsbescherming die de publiekrechtelijke regeling hem biedt of op het gegeven dat in het publiekrecht besloten ligt dat bepaalde kosten voor rekening van de overheid blijven. Doorgaans zal het publiekrecht of de publiekrechtelijke regeling niet het oog op zo'n oogmerksituatie hebben gehad, waardoor het in die situatie toestaan van kostenverhaal het publiekrecht of de publiekrechtelijke regeling ook niet doorkruist.

Afgeleide schade van een aandeelhouder

712. Ten aanzien van afgeleide schade van een aandeelhouder heeft de Hoge Raad in diverse arresten geoordeeld dat alleen de vennootschap aan wie door een onrechtmatige daad of een tekortschieten in de nakoming schade is toegebracht, aanspraak heeft op schadevergoeding. Tevens oordeelde hij:

“Op deze regel kan een uitzondering worden gemaakt indien sprake is van een gedraging die specifiek onzorgvuldig is jegens de aandeelhouder.”³⁴

Men doet mijns inziens goed eraan scherp uiteen te houden, enerzijds, de vraag van het toereikende verband tussen de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis en de schade, in welk kader van belang is of met de geschonden norm al dan niet beoogd is een aandeelhouder te beschermen tegen de schade zoals geleden, en, anderzijds, de bijzondere reden die is gelegen in de doorkruising van de vennootschapsrechtelijke rechtsorde, om aan een aandeelhouder geen aanspraak op vergoeding van afgeleide schade toe te kennen. Het enkele gegeven dat sprake is van een opzettelijk gepleegde onrechtmatige daad is, naar ik meen, onvoldoende om een aandeelhouder toch een aanspraak op schadevergoeding te geven omdat daarmee de vennootschapsrechtelijke rechtsorde onverminderd onaanvaardbaar zou worden doorkruist. In het midden kan dan blijven of beoordeeld naar de

34 HR 12 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1899 (*X/Gilze en Rijen*), rov. 3.4.1. Zie ook: HR 2 december 1994, *NJ* 1995/288 m.nt. J.M.M. Maeijer (*Poot/ABP*), rov. 3.4.3; HR 15 juni 2001, *NJ* 2001/573 m.nt. J.M.M. Maeijer (*Chipsho*), rov. 3.4.2 en HR 16 februari 2007, *NJ* 2007/256 m.nt. J.M.M. Maeijer (*Tuin Beheer*), rov. 3.3.c.

normale regels een toereikend normatief verband tussen de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis en de door de aandeelhouder geleden afgeleide schade bestaat.

De problematiek komt netelig te liggen wanneer door een onrechtmatige daad aan een vennootschap schade wordt toegebracht met het oogmerk om een aandeelhouder afgeleide schade toe te brengen. In deze situatie staat mijns inziens voorop dat ook deze handelwijze niet rechtvaardigt om de aanspraak op schadevergoeding toe te laten komen aan de aandeelhouder in plaats van aan de vennootschap.³⁵ Geeft men de aandeelhouder aanspraak op vergoeding van afgeleide schade dan moet men, gegeven het uitgangspunt dat deze aanspraak niet ten koste mag gaan van de aanspraak op schadevergoeding van de vennootschap, accepteren dat de laedens de schade mogelijk twee keer dient te vergoeden, zowel aan de vennootschap als aan de aandeelhouder. De gelaedeerde aandeelhouder krijg haar schade dan mogelijk dubbel vergoed: zowel omdat haar aandelen weer in waarde toenemen indien de vennootschap de schade vergoed krijgt, als omdat zij haar afgeleide schade direct vergoed krijgt. Mijns inziens laat een dergelijke dubbele vergoeding zich, ook in deze situatie, niet goed rechtvaardigen. Ook in andere situaties waarin iemand door een onrechtmatige daad schade aan een ander toebrengt en ook het oogmerk had om dat te doen, blijft, voor zover mij bekend, het uitgangspunt dat de veroorzaakte schade slechts eenmaal vergoed behoeft te worden.³⁶ Tegelijkertijd zou het mijns inziens in deze situatie minder wenselijk zijn wanneer de aandeelhouder ervan afhankelijk zou zijn of de vennootschap aanspraak maakt op schadevergoeding. Om die reden acht ik denkbaar dat de aandeelhouder conform art. 6:103 BW tegenover de laedens aanspraak heeft op schadevergoeding in natura in die zin dat de aandeelhouder de laedens kan verplichten de schade aan de vennootschap te vergoeden.

Afgeleide schade van een verzekeraar

713. In *Vonk/De Overijsselsche*³⁷ heeft de Hoge Raad geoordeeld dat het enkele feit dat de laedens opzettelijk schade aan een verzekerde heeft toegebracht, niet meebrengt dat de laedens jegens de verzekeraar een onrechtmatige daad pleegt, ook niet wanneer de schade van de verzekeraar door de laedens was voorzien of voorzien had dienen te worden. Naar het oordeel van de Hoge Raad zou het anders kunnen zijn

“(…) indien de brand [de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis in deze zaak] ware gesticht met de bedoeling om [de verzekeraar] te benadeelen, omdat dan inbreuk ware gemaakt op den – ook hem beschermenden – zedelijken plicht, om niet zonder redelijken grond aan een ander opzettelijk nadeel toe te brengen”.

De verzekeringsrechtelijke subrogatieregeling (art. 7:962 BW) maakt dat een schadeverzekeraar die de schade van de verzekerde vergoedt, zich in het alge-

35 Zie over dit keuzeprobleem nader nr. 528.

36 Hier speelt een vergelijkbaar probleem als bij opzettelijke schadetoebrenging en voordeelstoerekening, zie nr. 721.

37 HR 24 januari 1930, NJ 1930/299 m.nt. E.M. Meijers (*Vonk/De Overijsselsche*).

meen op de laedens kan verhalen.³⁸ Wel geeft deze subrogatieregeling, in het tweede lid, een zekere verhaalsvoorrang aan de verzekerde ten opzichte van de verzekeraar en beperkt de subrogatieregeling, in het derde lid, de situaties waarin de verzekeraar wordt gesubrogeerd omdat verhaal op bepaalde laedens door een verzekeraar niet wenselijke wordt geacht. In het algemeen zou het ongelukkig zijn deze subrogatieregeling met het onrechtmatigedaadsrecht te doorkruisen. In het geval van oogmerk van de laedens om de verzekeraar schade toe te brengen, ligt voor de hand om over dit laatste anders te denken. Naar mijn mening laat zich in een dergelijk geval echter in beginsel niet rechtvaardigen dat de verzekeraar de in art. 7:962 lid 2 BW besloten liggende voorrangregeling ten nadele van de verzekerde doorkruist.

Indien onder een sommenverzekering een uitkering wordt gedaan als gevolg van opzettelijk aan de verzekerde toegebrachte schade, geldt mijns inziens evenzeer dat de sommenverzekeraar tegenover de laedens geen aanspraak heeft op vergoeding van de door het doen van de uitkering geleden schade. Ook hier kan wellicht anders over worden gedacht indien de laedens het oogmerk heeft gehad om door middel van het toebrengen van schade aan een verzekerde, aan de sommenverzekeraar schade toe te brengen. Noodzakelijk is dan wel om te aanvaarden dat de laedens de veroorzaakte schade (deels) twee keer vergoedt. Het uitgangspunt is immers dat de verzekerde aanspraak heeft op zowel de door de laedens te betalen schadevergoeding als het door de verzekeraar uit te keren bedrag. Niet valt in te zien waarom van dit uitgangspunt ten nadele van de verzekerde zou moeten worden afgeweken vanwege het oogmerk van de laedens tot benadeling van de verzekeraar. Een aanspraak op schadevergoeding van de sommenverzekeraar op de laedens zou dus moeten komen bovenop een aanspraak op schadevergoeding van de verzekerde op de laedens.

Oogmerk op toebrengen van schade en de regelingen van art. 6:107, 6:107a en 6:108 BW

714. In het geval van door een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis veroorzaakt letsel of overlijden bepalen art. 6:107, 6:107a en 6:108 BW limitatief welke derden aanspraak hebben op schadevergoeding. In het geval een derde immateriële schade lijdt door het aan de primair gelaedeerde toegebrachte letsel of vanwege het overlijden van de primair gelaedeerde, gelden tevens de beperkingen van art. 6:95 BW in verbinding met art. 6:106 BW.

Voor zover hier van belang bepaalt art. 6:106 onder a BW dat een benadeelde recht heeft op een naar billijkheid vast te stellen schadevergoeding indien de aansprakelijke persoon het oogmerk had zodanig nadeel toe te brengen. De Hoge Raad heeft in *Kleijnen/Reaal*³⁹ geoordeeld dat de omstandigheid dat door een opzettelijk veroorzaakt verkeersongeval een ander gedood wordt, op zichzelf nog niet maakt dat nabestaanden van diegene aanspraak hebben op vergoeding van hun daardoor veroorzaakte immateriële schade. Naar het oordeel van de

38 De subrogatie ziet niet op kosten in de zin van art. 6:96 lid 2 onder b of c BW die de verzekeraar maakt. Lindenberg 2006a, p. 321 e.v. heeft bepleit om art. 6:96 lid 2 BW van overeenkomstige toepassing te laten zijn op de vordering van de verzekeraar uit subrogatie. De in hoofdstuk 15 besproken figuur van de verplaatste schade leidt, naar ik meen, ook tot die conclusie.

39 HR 9 oktober 2009, NJ 2010/387 m.nt. J.B.M. Vranken (*Kleijnen/Reaal*).

Hoge Raad geeft zowel art. 6:108 BW als art. 6:106 BW een limitatieve regeling en komt dergelijke schade volgens beide bepalingen niet voor vergoeding in aanmerking.⁴⁰

Indien de laedens echter een ander doordt met het oogmerk om een derde immateriële schade toe te brengen, staat naar het oordeel van de Hoge Raad het limitatieve stelsel van art. 6:108 BW niet aan een aanspraak van een derde jegens de laedens op vergoeding van deze schade in de weg.⁴¹ Een andere opvatting zou tot het merkwaardige gevolg leiden dat degene die een zaak met grote affectieve waarde opzettelijk beschadigt met het oogmerk de eigenaar van die zaak immateriële schade toe te brengen, wel gehouden zou zijn tot vergoeding van de toegebrachte immateriële schade, maar iets anders zou gelden bij het opzettelijk om het leven brengen van een persoon met het oogmerk van toebrengen van immateriële schade aan een nabestaande.⁴²

Schade bestaande uit proceskosten

715. De partij die bij een vonnis in het ongelijk wordt gesteld, wordt in de kosten veroordeeld, zo bepaalt art. 237 Rv. De kosten worden hierbij als uitgangspunt begroot door middel van een liquidatietarief. In de praktijk behoeft de in het ongelijk gestelde partij daardoor slechts een klein gedeelte van de werkelijk door zijn wederpartij gemaakte kosten te vergoeden. Soms heeft de in het ongelijk gestelde partij met een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis aanleiding gegeven tot het voeren van de procedure waarin het vonnis werd gewezen. Tussen deze aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis en de werkelijke door de gelaedeerde gemaakte proceskosten bestaat dan causaal verband. Art. 6:96 lid 3 BW in verbinding met art. 241 Rv stelt echter buiten twijfel dat op grond van deze aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis in beginsel de in het gelijk gestelde gelaedeerde geen aanspraak heeft op de door hem in werkelijkheid gemaakte proceskosten: die in werkelijkheid gemaakte proceskosten gelden, in afwijking van de regel van art. 6:96 lid 2 BW, niet als schade. De achtergrond van deze regeling is naar het oordeel van de Hoge Raad, dat zij

*“(…) strekt (…) tot bescherming van de desbetreffende procespartijen. Beoogd is immers dat zij zich niet door vrees voor een veroordeling tot vergoeding van omvangrijke proceskosten van de wederpartij ervan laten weerhouden hun standpunt (als eiser of als gedaagde) in een procedure aan de rechter voor te leggen”.*⁴³

De wet voorkomt door middel van de begrenzing van het schadebegrip zelf dat de regeling omtrent de proceskostenvergoeding door het aansprakelijkheidsrecht wordt doorkruist. Onder bijzondere omstandigheden kan een procespartij wel aansprakelijk zijn voor de door zijn processuele wederpartij gemaakte kosten. Naar vaste rechtspraak van de Hoge Raad is een vordering tot vergoeding van de werkelijke proceskosten

40 Het wordt anders als voldaan is aan de in HR 22 februari 2002, NJ 2002/240 m.nt. J.B.M. Vranken (*Taxibus*) naar voren gebrachte bijzondere voorwaarden die geheel losstaan van eventueel opzet van de laedens.

41 HR 26 oktober 2001, NJ 2002/216 m.nt. J.B.M. Vranken (*Oogmerk*).

42 Zo betoogde Lindenberg 1998, p. 99, 100 reeds ruim voordat laatstgenoemd arrest werd gewezen.

43 HR 15 september 2017, NJ 2018/164 m.nt. S.D. Lindenberg (*De Alternatieve/Van Eendenburg*), rov. 3.5.3.

“(…) alleen toewijsbaar in geval van misbruik van procesrecht of onrechtmatig handelen (...). Daarvan is pas sprake als het instellen van de vordering, gelet op de evidente ongegrondheid ervan, in verband met de betrokken belangen van de wederpartij achterwege had behoren te blijven. Hiervan kan eerst sprake zijn als eiser zijn vordering baseert op feiten en omstandigheden waarvan hij de onjuistheid kende dan wel behoorde te kennen of op stellingen waarvan hij op voorhand moest begrijpen dat deze geen kans van slagen hadden”.⁴⁴

Indien sprake is van deze door de Hoge Raad beschreven uitzondering, levert het gedrag van de laedens tegelijkertijd op een onrechtmatige daad en een reden om de regeling voor de proceskostenvergoeding aan de kant te zetten. Deze uitzondering is niet geformuleerd in termen van opzet. Evenwel is duidelijk dat het enkele met opzet zijn gepleegd van een onrechtmatige daad op zichzelf niet meebrengt dat de gelaedeerde aanspraak heeft op vergoeding van de vanwege die daad door hem gemaakte daadwerkelijke proceskosten. De regeling voor de proceskostenvergoeding wordt eerst aan de kant gezet indien het procederen zelf onrechtmatig is. Mogelijk is daarvan sprake als de procedure door de laedens wordt gevoerd met het oogmerk om zijn processuele wederpartij schade toe te brengen, maar ook dan lijkt nodig, mijns inziens met name omdat aan procederen inherent is dat daarmee schade aan de processuele wederpartij wordt toegebracht, dat komt vast te staan dat de laedens zijn vordering baseert op feiten en omstandigheden waarvan hij de onjuistheid kende dan wel behoorde te kennen of op stellingen waarvan hij op voorhand moest begrijpen dat deze geen kans van slagen hadden. Ook hier blijkt dat steeds naar de specifieke reden om de laedens als uitgangspunt geen aanspraak op schadevergoeding te geven, dient te worden gekeken, bij de bepaling welke betekenis toekomt aan het gegeven dat de laedens met opzet in bepaalde zin heeft gehandeld.

16.4.5 *Bijzondere omstandigheden aan de zijde van de gelaedeerde*

De in pari delicto verkerende gelaedeerde

716. In § 14.2 heb ik twee situaties onderscheiden waarin de gelaedeerde *in pari delicto* verkeert. In de eerste situatie geeft de gelaedeerde met een normschendende gedraging tamelijk dwingend aanleiding tot het door de laedens plegen van een onrechtmatige daad ten gevolge waarvan de gelaedeerde schade lijdt. In de tweede situatie schendt de gelaedeerde dezelfde norm als hij de laedens verwijt geschonden te hebben. Indien in de eerste situatie door de laedens opzettelijk of bewust roekeloos wordt gehandeld, heeft de gelaedeerde daartoe kennelijk tamelijk dwingend aanleiding gegeven. Er bestaat mijns inziens dan weinig reden om vanwege dit opzet of de bewuste roekeloosheid tot een andere grens aan aansprakelijkheid te komen.⁴⁵ In de tweede situatie, waarin de laedens en de gelaedeerde dezelfde norm schenden, onttrekt de gelaedeerde zich door het door

⁴⁴ HR 6 april 2012, *NJ* 2012/233 (*Duka/Achmea*), rov. 5.1. In deze zin ook: HR 29 juni 2007, *NJ* 2007/353 (*Waterschappen/Milieutech Beheer*); HR 12 juni 2015, *NJ* 2016/380 m.nt. H.B. Krans (*K./Rabobank*), rov. 3.4.1 e.v. en HR 15 september 2017, *NJ* 2018/164 m.nt. S.D. Lindenberg (*De Alternatieve/Van Eendenburg*), rov. 3.5.2 e.v.

⁴⁵ Vgl. HR 31 maart 1995, *NJ* 1997/592 m.nt. C.J.H. Brunner (*Taams/Boudeling*) waarin Boudeling opzettelijk aan Taams een klap gaf, maar Taams daartoe op een zodanige wijze aanleiding had gegeven dat de Hoge Raad oordeelde dat Boudeling niet onrechtmatig had gehandeld jegens Taams.

hem zelf schenden van de norm aan de bescherming die het recht hem biedt. Ik betoogde dat het doorgaans nodig zal zijn dat de gelaedeerde met een opzettelijk verrichte gedraging diezelfde norm schendt. Het enkele eveneens opzettelijk door de laedens schenden van die norm, eventueel in de wetenschap dat de normschendende gedraging noodzakelijk tot schade zal leiden, is naar mijn mening in het algemeen niet voldoende om de hier aan de orde zijnde grens aan aansprakelijkheid te laten vervallen.⁴⁶ Wel meen ik dat de hier bedoelde grens aan aansprakelijkheid doorgaans niet zal gelden indien de laedens aan de gelaedeerde door de normschendende gedraging schade toebrengt met het oogmerk om die schade door de normschending toe te brengen. De ernst van de normschending van de laedens is dan in wezen van een andere orde, waardoor de gelaedeerde toch beschermd is.⁴⁷ Anders zou dit kunnen worden, in het geval waarin de laedens en de gelaedeerde allebei het oogmerk hebben elkaar in strijd met een norm schade toe te brengen.

Schade in een niet-rechtmatig belang

717. In het geval van schade in een niet-rechtmatig belang zal zelfs het oogmerk van de laedens om de schade toe te brengen doorgaans niet de hier geldende grens aan aansprakelijkheid aan de kant zetten.

Te denken valt aan de handelaar in verboden verdovende middelen die met het oogmerk zijn concurrent schade toe te brengen diens voorraad verdovende middelen vernietigt.

De reden hiervoor is dat het in deze gevallen in het algemeen onaanvaardbaar zou zijn wanneer het recht tot vergoeding van de waarde van een verboden zaak verplicht of tot vergoeding van voordelen die de gelaedeerde door verboden activiteiten zou verkrijgen.⁴⁸ Anders kan dat liggen waar de gelaedeerde vergoeding vordert van voordelen die hij zonder de normschending op meer maatschappelijk geaccepteerde wijze, zij het nog steeds wel met de wet strijdig, gedrag zou hebben verkregen; te denken valt aan bepaalde 'zwarte inkomsten'.⁴⁹

Andere bijzondere nadere begrenzingen: eigen schuld en voordeelstoerekening

718. De opzetproblematiek kan men ook betrekken op de bijzondere grenzen aan aansprakelijkheid in het geval van eigen schuld van de gelaedeerde en in het geval van het door de gelaedeerde vanwege de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis verkrijgen van een voordeel.⁵⁰ Algemeen aanvaard is, dat de laedens die opzettelijk schade toebrengt, zich in beginsel niet op eigen schuld aan die schade van de gelaedeerde kan beroepen.⁵¹ Een dergelijke scherpe regel lijkt mij

46 Een andere opvatting zou mijns inziens in strijd komen met de in HR 16 februari 1973, *NJ* 1973/463 m.nt. L.J. Hijmans van den Bergh (*Maas/Willems*) bereikte uitkomst.

47 Zie nader nr. 122.

48 Zie nader nr. 127.

49 De Hoge Raad is bij dergelijke schade, zelfs als geen oogmerk bestaat op het toebrengen ervan, soms al tamelijk soepel: HR 24 november 2000, *NJ* 2001/195 m.nt. A.R. Bloembergen ('*Zwarte neveninkomsten*'). Waar een dergelijk oogmerk wel aanwezig is, bestaat daartoe temeer reden.

50 Zie over deze leerstukken nr. 538.

51 Zie nader Asser/Sieburgh 6-II 2017, nr. 121.

in het geval van voordeelstoerekening minder voor de hand te liggen: dat zou er in wezen toe leiden dat de schade (voor een deel) tweemaal zou worden vergoed. Wel is goed denkbaar dat de omstandigheid dat met opzet schade wordt toegebracht in het kader van de redelijkheidstoetsing van art. 6:100 BW ertoe kan leiden, dat de verplichting tot schadevergoeding in mindere mate met het door de gelaedeerde verkregen voordeel wordt verminderd.

16.4.6 *Verplaatste schade*

719. Bij de figuur van de verplaatste schade gaat het steeds erom of het onredelijk zou zijn om de laedens weg te laten komen zonder de schade te vergoeden doordat de schade niet door de claimgerechtigde is geleden maar door de gelaedeerde derde en het eveneens onredelijk zou zijn de gelaedeerde derde een andere positie tegenover de laedens te geven dan de claimgerechtigde zou hebben gehad indien de schade door hem zou zijn geleden. Naar mijn mening ligt het voor de hand dat in dit verband van belang kan zijn dat de laedens opzettelijk of bewust roekeloos heeft gehandeld. Dergelijke maten van verwijtbaarheid zullen met name eraan kunnen bijdragen dat het niet redelijk zou zijn om de laedens door de verplaatsing van de schade weg te laten komen zonder de schade te behoeven vergoeden.⁵² In bijvoorbeeld de casus waarbij een zaak wordt verkocht, maar die zaak vóór de verkoop opzettelijk door de laedens is beschadigd, zonder dat de koper daarvan weet had, meen ik dat het opzet het doorslaggevende verschil kan maken om de laedens tegenover de koper aansprakelijk te houden.⁵³

16.4.7 *Het oogmerk om voordeel te behalen*

720. Een bijzondere rol bij de reikwijdte van aansprakelijkheid heeft het oogmerk van de laedens op het behalen van voordeel. Wanneer de laedens met de normschendende gedraging het behalen van een bepaald voordeel heeft beoogd, kan dat mijns inziens meebrengen dat voor de door deze gedraging veroorzaakte schade aansprakelijkheid bestaat, terwijl dat zonder dit oogmerk niet zo zou zijn. Dit oogmerk speelt mijns inziens vooral in het geval van contractuele aansprakelijkheid een rol.

Dit laat zich illustreren aan de hand van het in nr. 373 en 415 besproken arrest van Hof 's-Hertogenbosch.⁵⁴ Aan een projectontwikkelaar wordt door een tankstationhouder 'een perceel bouwterrein' verkocht. Wanneer de tankstationhouder niet tijdig levert, vordert de projectontwikkelaar alsnog levering van het perceel en schadevergoeding. Deze schadevergoeding bestaat onder meer uit een boete die de projectontwikkelaar verschuldigd was geworden omdat deze het perceel niet tijdig kon doorleveren. Hof 's-Hertogenbosch oordeelde dat als de tankstationhouder niet wist van de doorverkoop van de grond en een (hoge) boete zou verbeuren bij het niet nako-

52 Du Perron 1999, nr. 337, 338 acht de ernst van de wanprestatie van belang voor de vraag of onrechtmatig is gehandeld jegens een derde.

53 Zie de opzetvariant op de in nr. 623 besproken zaak HR 4 april 2005, NJ 2005/445 m.nt. C.J.H. Brunner (*Esso/Alberts en Bartol*).

54 Maar zie ook: HR 23 mei 1902, W 7772 (*Brand/Terwindt*) en HR 18 mei 1923, NJ 1923/904 (*Serena/Van Vrijaldenhoven*).

men, deze schade, hoewel duidelijk het gevolg van de tekortkoming, niet kan worden toegerekend.⁵⁵

Stel nu dat de tankstationhouder de grond aan een ander voor een hoger bedrag heeft doorverkocht en om die reden niet leverde. Het gegeven dat de schuldenaar wanprestatie heeft gepleegd met het oogmerk voordeel te behalen, maakt mijns inziens dat het niet redelijk zou zijn indien deze zich er met succes op zou kunnen beroepen dat hij de mogelijke schade van de schuldeiser niet kon voorzien.⁵⁶ Anders wordt dat naar mijn mening indien het voordeel en nadeel in een volkomen disproportionele verhouding staan.

Te denken valt aan de in nr. 707 gegeven voorbeelden: de taxichauffeur die omrijdt en degene die een taxusstruik op het perceel van een buurman neerlegt om van die struik af te zijn. Het beoogde voordeel staat hier in zo'n wanverhouding met het nadeel dat onvoldoende reden bestaat het nadeel toe te rekenen.

Verder lijkt de intentie van de laedens een zekere rol te kunnen spelen. Een 'goede' intentie bij het oogmerk van het behalen van voordeel kan mijns inziens maken dat een ruimere aansprakelijkheid niet op haar plaats is.

Stel bijvoorbeeld dat de tankstationhouder op begrijpelijke gronden, maar ten onrechte of zonder dat hij uiteindelijk slaagt in het leveren van overtuigend bewijs, meent te hebben gedwaald bij het sluiten van de koopovereenkomst, en op die grond de overeenkomst buitengerechtelijk vernietigt (zonder rechtsgevolg) en niet levert.⁵⁷ Ook hier is sprake van opzettelijke niet-levering met het oogmerk van eigen voordeel. Hier bestaat mijns inziens in het algemeen geen reden voor een ruimere aansprakelijkheid.⁵⁸

721. In de situaties waarbij de laedens een norm schendt met het oogmerk een voordeel te behalen, kan, waar de laedens dat voordeel realiseert, een zekere samenloop bestaan met de mogelijkheid van de gelaedeerde om zijn schade te vergroten op het voordeel dat de laedens heeft verkregen door de normschendende gedraging (art. 6:104 BW) en met de mogelijkheid van de gelaedeerde om de laedens op grond van ongerechtvaardigde verrijking (art. 6:212 BW) tot schadevergoeding aan te spreken.⁵⁹ Niet uitgesloten acht ik dat de grotere reikwijdte van aansprakelijkheid bij het oogmerk om voordeel te behalen, geheel of ten dele gerechtvaardigd wordt door de aan deze figuren ten grondslag liggende billijkheidnoties en een grotere reikwijdte van aansprakelijkheid ook eerst gerechtvaardigd.

55 Hof 's-Hertogenbosch 14 januari 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:21 (*Gispro*).

56 Dit voordeel is ook de spil in de benadering van Van Kogelenberg 2013, zie p. 45.

57 Hier geraakt men overigens ook aan de grenzen van het opzetbegrip en aan de grenzen van bewuste roekeloosheid: of daarvan nog kan worden gesproken, hangt ervan af hoe groot de kans is dat het dwalingsberoep niet slaagt en of die kans door de schuldenaar wordt geaccepteerd.

58 Van Kogelenberg 2013 ziet in zijn benadering, waarin de spil is of de schuldeiser wanprestatie pleegde met het oog op het behalen van een voordeel, mijns inziens ten onrechte voorbij aan dit element van goede en kwade intenties.

59 Vgl. Sieburgh 2015, p. 26 die zich de vraag stelt of de toepassing van art. 6:98 BW anders uitwerkt in geval van ongerechtvaardigde verrijking omdat dan een toestand en niet een daad de grond is voor de aanspraak op schadevergoeding en het impromptu standpunt van Hartkamp weergeeft dat verdedigbaar is dat art. 6:98 BW geen betekenis heeft bij toepassing van art. 6:212 BW.

digd is indien en voor zover de laedens het beoogde voordeel daadwerkelijk heeft verkregen.

16.5 Samenvatting

722. In dit hoofdstuk heb ik de betekenis van opzet en bewuste roekeloosheid van de laedens voor de reikwijdte van zijn aansprakelijkheid behandeld. In de literatuur is de meerderheidsopvatting dat in het geval van zowel onrechtmatige daad als wanprestatie dergelijke maten van verwijtbaarheid een ruimere toerekening van schade mogelijk maakt, maar is minder duidelijk waar de ruimere grenzen aan toerekenbaarheid van schade dan komen te liggen (§ 16.1). Nodig bleek om de begrippen opzet en bewuste roekeloosheid nader te specificeren. Wanneer men van opzet spreekt, is steeds sprake van een gedraging met een willen en weten van de laedens dat een bepaalde gerichtheid en een bepaalde gradatie heeft. Het willen en weten kan gericht zijn op de gedraging zelf, op het daarmee schenden van een norm, of op een bepaald gevolg van die gedraging, zoals het toebrengen van schade of het verkrijgen van een voordeel. Het kan zijn dat een gedraging met het oogmerk op een bepaald gevolg wordt uitgevoerd, met de wetenschap dat het gevolg zeker zal intreden of dat de aanmerkelijke kans bestaat dat een gevolg zal intreden en deze kans bewust wordt aanvaard. Aldus was niet de vraag welke invloed opzet heeft op de reikwijdte van aansprakelijkheid, maar welke gerichtheid in een bepaalde gradatie hierop van invloed is. Van bewuste roekeloosheid sprak ik wanneer niet bepaald denkbeeldig is dat ten gevolge van een normschendende gedraging schade ontstaat, die kans echter niet aanmerkelijk is, maar wel bewust wordt aanvaard (§ 16.2).

Allereerst heb ik onderzocht of het door de laedens handelen met opzet op zichzelf maakt dat de laedens een norm schendt. Indien een gedraging wordt verricht met de gerichtheid op het toebrengen van personenschade of zaakschade, zal die gedraging in het algemeen om die reden onrechtmatig zijn. Met de geschonden norm wordt dan beoogd te beschermen tegen die schade, waardoor de laedens wanneer die schade ontstaat daarvoor ook aansprakelijk is. Verder bleek dat de laedens die door een opzettelijke normschending een voordeel voor zichzelf wilde behalen, tegelijkertijd in strijd kan handelen met een norm van ongeschreven recht die de gelaedeerde beschermt tegen bepaalde schade die hierbij zou kunnen ontstaan. Ik betoogde dat in deze situaties helderder was om de aansprakelijkheid van de laedens te baseren op die norm van ongeschreven recht en niet op een vergrote reikwijdte van aansprakelijkheid vanwege de opzettelijke normschending (§ 16.3).

Vervolgens heb ik onderzocht welke betekenis het opzet van de laedens met een bepaalde gerichtheid en van een bepaalde gradatie en bewuste roekeloosheid van de laedens heeft voor de in dit boek behandelde grenzen aan aansprakelijkheid. Of deze grenzen onverkort gelden, vergde steeds een afgewogen beoordeling van de ratio van de grens en de omstandigheid dat de laedens met een bepaalde vorm van opzet of bewust roekeloos heeft gehandeld. Mijn conclusie was dat indien de schadevergoedingsremedie niet gekoppeld is aan de geschonden norm, dat in beginsel niet anders wordt indien de norm met opzet wordt geschonden. Verder bleven ook bij opzettelijke normschending in beginsel de in hoofd-

stuk 8 t/m 11 behandelde grenzen aan aansprakelijkheid gelden. Slechts wanneer de in deze hoofdstukken behandelde grenzen nuancering behoefden omdat de veroorzaakte schadesituatie, qua persoon van de gelaedeerde, het soort schade en de wijze van ontstaan, gelijkenis vertoonde met de schadesituaties waartegen met de geschonden norm beoogd is te beschermen, kon het opzet van de laedens net het doorslaggevende verschil maken om de laedens toch tot vergoeding van de schade te verplichten. Anders was het beeld bij de in hoofdstuk 13 behandelde grens aan reikwijdte van aansprakelijkheid die ligt bij de doorkruising van een andere (verhaals)regeling. Hier bleek zelfs het oogmerk van de laedens om schade aan de gelaedeerde toe te brengen niet steeds voldoende deze grens aan de kant te zetten. Bij de in hoofdstuk 14 behandelde grens bij de *in pari delicto* verkerende gelaedeerde ligt het voor de hand dat bij het oogmerk van de laedens om de schade aan de gelaedeerde toe te brengen de gelaedeerde wel beschermd wordt, terwijl schade toegebracht in een niet-rechtmatig belang in beginsel niet voor vergoeding in aanmerking komt indien de laedens het oogmerk had om deze schade toe te brengen. In het geval van de in hoofdstuk 15 behandelde figuur van de verplaatste schade kon het opzet of de bewuste roekeloosheid van de laedens een rol spelen bij de beoordeling of de redelijkheid vergt om aan de gelaedeerde derde dezelfde aanspraak op schadevergoeding toe te laten komen als de claimgerechtigde zou hebben gehad indien de schade door hem zou zijn geleden. Het oogmerk van de laedens om voordeel te behalen, leek verder een bijzondere rol te spelen; het verruimen van de reikwijdte van aansprakelijkheid kon dan samen gaan lopen met de figuur van de schadebegroting op door de laedens met de normschendende gedraging behaalde winst en met de figuur van ongerechtvaardigde verrijking (§ 16.4).

DEEL VI

SLOT

Inleiding

723. Hoe ver reikt de gehoudenheid tot vergoeding van schade veroorzaakt door een onrechtmatige daad, door een gebeurtenis waarvoor kwalitatieve aansprakelijkheid bestaat of door een wanprestatie? In de inleiding constateerde ik dat de algemene regulering van deze reikwijdte in onze dogmatiek is verbrokkeld over de relativiteitsleer, het leerstuk van schadetoerekening, en de leren van de aanvullende zorgvuldigheidsnorm. Ook constateerde ik dat op elk van deze terreinen aanzienlijke onduidelijkheid bestaat, terwijl bovendien onduidelijk is hoe deze leerstukken zich precies tot elkaar verhouden. Het doel van dit onderzoek was om op dit gebied scherper te duiden onder welke omstandigheden en om welke redenen de door een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis feitelijk veroorzaakte schade wel of juist niet door de laedens vergoed dient te worden. Tevens beoogde ik op te helderen hoe de genoemde verschillende dogmatische categorieën zich tot elkaar verhouden. Ik zal nu bespreken tot welke visie mijn onderzoek heeft geleid.

Dogmatiek

724. Eerst een paar opmerkingen over de genoemde basale dogmatische onderscheidingen. Dogmatiek is er niet voor zichzelf. Haar functie is behulpzaam te zijn bij het ordenen, begrijpen en beoordelen van rechtsverhoudingen. De op het behandelde terrein bestaande dogmatiek vervult mijns inziens deze functie minder goed. Deze dogmatiek is, uitgaande van gebrekkige bepalingen in ons vorige burgerlijk wetboek, geleidelijk gegroeid en geëvolueerd, maar ik betwijfel of zij als geheel goed is doordacht. Dit geldt, in de eerste plaats, voor het dichotome onderscheid tussen relativiteit en toerekening. Naar heersende opvattingen zoekt men in het relativiteitsvereiste de reikwijdte van aansprakelijkheid in de met de geschonden norm beoogde bescherming en heeft men bij de toerekening van de schade vooral het oog op andere omstandigheden. In werkelijkheid komt het naar mijn mening in beide vereisten soms aan op de met de geschonden norm beoogde bescherming, soms op andere omstandigheden en soms op een combinatie van beide. In werkelijkheid is naar mijn mening bij beide vereisten beslissend of een redelijke begrenzing van aansprakelijkheid wordt verkregen. Het onderscheiden van relativiteit en toerekening, zoals de wet doet, is mijns inziens ongelukkig. Meer inzicht geeft om, in plaats daarvan, de verschillende problemen van begrenzing van aansprakelijkheid die met behulp van deze beide vereisten worden

opgelost te onderscheiden. In dit proefschrift heb ik dat gedaan, zoals ik in deze slotbeschouwing verder zal bespreken. Minder gelukkig is, in de tweede plaats, de wijze waarop wordt gedacht over het verruimen van de reikwijdte van aansprakelijkheid door middel van aanvullende zorgvuldigheidsnormen. Naar mijn mening dienen, zowel bij buitencontractuele als bij contractuele aansprakelijkheid, de volgende twee situaties scherp uit elkaar gehouden te worden. In de eerste plaats zijn er situaties waarin tot een ruimere kring van gerechtigden tot schadevergoeding wordt gekomen omdat het uitgangspunt dat gelijke gevallen gelijk behandeld dienen te worden, maakt dat het niet redelijk zou zijn om de een wel aanspraak te geven op vergoeding van de door een aansprakelijkheidschepende gebeurtenis veroorzaakte schade, maar een ander niet. Soms wordt de aanspraak van die ander dan geconstrueerd door aan te nemen dat de laedens jegens die ander onzorgvuldig heeft gehandeld en raakt zo de werkelijke reden om die ander een aanspraak op schadevergoeding te geven uit het zicht. In de tweede plaats zijn er situaties waarin de in het maatschappelijk verkeer in acht te nemen zorgvuldigheid vergt om met een belang van een ander rekening te houden en het tekortschieten daarin de basis vormt voor een aanspraak op schadevergoeding van die ander. Soms beschouwt men dit als het corrigeren van het relativiteitsvereiste, terwijl sprake is van niet meer dan de reguliere toepassing van zorgvuldigheidsnormen. Naar mijn mening dienen deze situaties scherper te worden onderscheiden. Op die manier wordt beter inzicht verkregen in de reikwijdte van aansprakelijkheid en in zorgvuldigheidsnormen. In deze slotbeschouwing licht ik ook dit nader toe.

Heersende opvattingen over schadetoerekening

725. Algemeen wordt in de doctrine de door Brunner, bijna vier decennia geleden, ontwikkelde multifactorbenadering naar voren gebracht als de methode om tot een oordeel over schadetoerekening in de zin van art. 6:98 BW te komen. Hoewel deze multifactorbenadering vanwege de veelheid van mogelijk relevante factoren en de geboden flexibiliteit op het eerste gezicht aantrekkelijk lijkt, heeft zij mijns inziens de rechtsvinding weinig te bieden: in deze deelregels worden verbanden gelegd die er niet zijn, factoren naar voren gebracht die er niet toe doen en wel relevante factoren buiten beschouwing gelaten. Schadetoerekening wordt daardoor vooral een mysterie. Indien tot een bevredigend toerekeningsoordeel wordt gekomen, is dat niet dankzij maar ondanks deze methode. Dat valt Brunner overigens niet aan te rekenen. Zijn deelregels vormden een eerste aanzet op het zowel in de jurisprudentie als in de doctrine vrijwel geheel braakliggende terrein van de toerekening naar redelijkheid. Brunner had bovendien deze methode slechts bedoeld als tussenstation op weg naar een eindstation waarin voor verschillende categorieën van gevallen duidelijke toerekeningsregels zouden worden geformuleerd. Ik zal in het vervolg van deze slotbeschouwing beschrijven hoe mijns inziens dan wél dient te worden bepaald hoever aansprakelijkheid voor veroorzaakte schade reikt.

Te onderscheiden problemen

726. In dit proefschrift heb ik, als het ware door de genoemde basale dogmatische onderscheidingen heen kijkend, verschillende deelproblemen van de bepaling van de omvang van aansprakelijkheid onderscheiden. Bij elk deelprobleem heb ik gepoogd criteria te geven om te oordelen over deze omvang. Op hoofdlijnen heeft dit geresulteerd in het volgende systeem.

727. In de eerste plaats onderscheid ik twee ingangsvoorwaarden. Allereerst dient bepaald te worden of – wat er ook zij van de met de geschonden verplichting beoogde bescherming – de schadevergoedingsremedie überhaupt wel voor de gelaedeerde aan de door de laedens geschonden contractuele of buitencontractuele norm is verbonden; soms is dat niet zo omdat sprake is van een ‘interne’ contractuele of buitencontractuele norm die slechts geldt in een rechtsverhouding waar de gelaedeerde buiten staat. Indien de gelaedeerde zijn aanspraak op schadevergoeding baseert op een kwalitatieve aansprakelijkheid, speelt deze kwestie niet. De tweede ingangsvoorwaarde is de – bekende – vraag of de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis de schade heeft veroorzaakt. De voorwaarde van de aanwezigheid van dit feitelijk causaal verband bleek echter een grotere normatieve component te kennen dan doorgaans wordt onderkend.

728. Vervolgens rijst de vraag die centraal staat in het relativiteitsvereiste en het toerekeningsvereiste: de vraag of tussen de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis en de daardoor veroorzaakte schade een toereikend normatief verband bestaat om een verplichting tot vergoeding van die schade aan te kunnen nemen. De vraag of een toereikend normatief verband aanwezig is, laat zich beantwoorden door allereerst na te gaan of met de geschonden norm of met de toepasselijke kwalitatieve aansprakelijkheid beoogd is te beschermen tegen de schade zoals geleden. Is dat het geval, dan is het normatieve verband toereikend en is in beginsel aan zowel het relativiteitsvereiste (voor zover dat geldt) als aan het toerekeningsvereiste voldaan (behoudens de in nr. 729 te bespreken situaties). Niet altijd laat zich echter vaststellen dat met de geschonden norm of met de toepasselijke kwalitatieve aansprakelijkheid juist beoogd is te beschermen tegen de door de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis veroorzaakte schadesituatie. Zinvol is dan om het perspectief om te draaien en de vraag te stellen wanneer geen toereikend normatief verband tussen de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis en de daardoor veroorzaakte schade aanwezig is en daarom geen verplichting tot vergoeding van die schade aangenomen kan worden. Er zijn verschillende redenen waarom dat verband ontoereikend kan zijn. Een eerste grens ligt daar waar met de geschonden buitencontractuele of contractuele norm of met de toepasselijke kwalitatieve aansprakelijkheid niet beoogd is te beschermen tegen de schade zoals geleden. Een tweede grens, specifiek aan de door een onrechtmatige daad of een wanprestatie veroorzaakte schade, ligt daar waar dezelfde schade meer in het algemeen op een niet-relevant andere wijze rechtmatig toegebracht had kunnen worden. Een derde grens, specifiek aan de door een rechtsinbreuk of de schending van een wettelijke plicht veroorzaakte schade, volgt uit het ontbreken van bescherming tegen de schade zoals geleden door ongeschreven normen van maatschappelijke betamelijkheid. Een vierde grens ligt tot slot daar waar de

schade zoals geleden het gevolg is van de verwezenlijking van een risico dat door de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis niet is vergroot. In deze vier genoemde situaties kan men, naar gelang dat uitkomt, zeggen dat niet aan het relativiteitsvereiste is voldaan of niet aan het toerekeningsvereiste. In uitzonderlijke gevallen laat zich niet vaststellen dat met de geschonden norm of met de toepasselijke kwalitatieve aansprakelijkheid wél beoogd is te beschermen tegen de veroorzaakte schadesituatie en laat zich evenmin vaststellen dat de schade buiten een van deze vier door mij beschreven grenzen aan aansprakelijkheid ligt. In deze gevallen kan door middel van de vergelijkingsmethode van Wiarda worden bepaald of een toereikend normatief verband aanwezig is.

729. Ook indien aan de genoemde twee ingangsvoorwaarden is voldaan en bovendien een toereikend normatief verband bestaat tussen de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis en de daardoor veroorzaakte schade, kunnen bijzondere omstandigheden nog maken dat niet aan het relativiteitsvereiste of aan het toerekeningsvereiste is voldaan en de schade dus niet behoeft te worden vergoed. Een nadere grens aan aansprakelijkheid bestaat wanneer het geven van een aanspraak op schadevergoeding een andere (verhaals)regeling onaanvaardbaar zou doorkruisen. Heel uiteenlopende (verhaals)regelingen kunnen onaanvaardbaar doorkruist worden en daarmee een reden geven om aansprakelijkheid te begrenzen. Een andere nadere grens aan aansprakelijkheid is gelegen in bijzondere omstandigheden aan de zijde van de gelaedeerde: het *in pari delicto* verkeren van de gelaedeerde en het door hem geleden hebben van schade in een niet-rechtmatig belang.

730. Tot slot kan om bijzondere redenen de gehoudenheid tot schadevergoeding worden verruimd ten opzichte van het voorgaande, althans wordt het voorgaande aan de hand van die bijzondere redenen nader ingevuld. Een mijns inziens belangrijk en in de literatuur enigszins onderbelicht probleem is dat van de verplaatste schade. Ik spreek van verplaatste schade indien iemand schade lijdt ten gevolge van een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis, niet duidelijk is of diegene aanspraak heeft op vergoeding daarvan, maar wél duidelijk is dat als ten gevolge van deze gebeurtenis dezelfde schade door een ander zou zijn geleden de laedens haar had dienen te vergoeden. Door de voorliggende situatie te vergelijken met de situatie waarin de laedens de door dezelfde onrechtmatige daad voor een ander veroorzaakte zelfde schade wel aan die ander zou dienen te vergoeden, kan duidelijk worden dat de gepleegde onrechtmatige daad ook de gelaedeerde aanspraak geeft op vergoeding van zijn schade. Eveneens kan door het maken van deze vergelijking duidelijk worden dat de gelaedeerde die schade lijdt ten gevolge van een wanprestatie aanspraak dient te hebben op vergoeding daarvan, ofschoon deze gelaedeerde geen partij is bij de overeenkomst waaruit de geschonden verplichting voortvloeide. Naast deze situaties van verplaatste schade kan de verplichting tot vergoeding van de door een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis veroorzaakte schade worden verruimd in het geval van opzet of grove schuld aan de zijde van de laedens.

De in het voorgaande genoemde verschillende deelproblemen bespreek ik nu nader.

Ingangsvoorwaarden

Eerste ingangsvoorwaarde: is de schadevergoedingsremedie aan de gedragsnorm gekoppeld?

731. De allereerst te beantwoorden vraag is of de schadevergoedingsremedie überhaupt wel voor de gelaedeerde aan de geschonden norm is gekoppeld – wat er ook zij van de met die norm beoogde bescherming. In onze literatuur is dit geen zelfstandig vereiste. Wel wordt onderkend dat met een contractuele of met een wettelijke verplichting beoogd kan zijn een bepaald persoon te beschermen tegen bepaalde schade en wijzen van ontstaan van die schade, maar niettemin deze persoon als hij dergelijke schade lijdt, in beginsel aan die verplichting geen aanspraak op nakoming of op schadevergoeding kan ontnemen. In deze gevallen is sprake van een ‘interne’ norm: degene die schade lijdt ten gevolge van de schending van de norm staat buiten de rechtsverhouding waarin die norm geldt, met als gevolg dat diegene – ongeacht de met die norm beoogde bescherming – geen aanspraak heeft op schadevergoeding.

Voor verplichtingen uit overeenkomst geldt dat in beginsel alleen de schuldeiser tegenover de schuldenaar aanspraak kan maken op nakoming en schadevergoeding. Een niet bij een overeenkomst betrokken derde heeft deze aanspraak niet, zelfs niet als met de verplichting beoogd is deze derde te beschermen. De verklaring hiervoor ligt in de wil van de contractsluitende partijen en de functie van het contractenrecht: contractspartijen beogen doorgaans alleen tegenover elkaar verplichtingen aan te gaan en het contractenrecht heeft de functie om dergelijke tussen contractspartijen gemaakte afspraken afdwingbaar te maken. Een niet bij de overeenkomst betrokken derde heeft in beginsel slechts aanspraak op nakoming van een contractuele verplichting en/of op schadevergoeding in het geval van tekortschieten in de nakoming van deze verplichting, indien de contractsluitende partijen hebben bedoeld aan deze derde dergelijke aanspraken te geven.

Voor de door art. 6:162 BW geïmpliceerde rechtsplichten geldt in beginsel dat degenen die met de verplichting beoogd zijn te beschermen ook aanspraak kunnen maken op nakoming van de verplichting en op schadevergoeding in het geval van de schending van zo’n verplichting. Voor wettelijke plichten die enkel gericht zijn tot overheidsinstanties, kan dit anders liggen: met zo’n plicht kan wel beoogd zijn om een bepaalde persoon te beschermen, terwijl tegelijkertijd niet bedoeld is om diegene ook aanspraak op nakoming en/of schadevergoeding te geven. De reden hiervoor kan zijn dat de wetgever kennelijk bedoeld heeft de plicht op een andere wijze te sanctioneren (bijvoorbeeld via het bestuursrecht) of dat de wetgever slechts bedoeld heeft om de overheidsinstantie in het algemeen belang maatregelen te laten nemen, zonder dat een ontoereikende uitvoering daarvan tot aansprakelijkheid zou moeten leiden. Burgers staan dan, net als derden bij een overeenkomst, buiten de rechtsverhouding tussen de wetgever die de verplichting heeft opgelegd en de overheidsinstantie die de normadessaat is.

Tweede ingangsvoorwaarde: heeft de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis de schade veroorzaakt?

732. Aanvankelijk was het mijn bedoeling om de vraag te stellen waar de grens ligt aan de gehoudenheid tot vergoeding van de door een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis feitelijk veroorzaakte schade, en daarbij dus te veronderstellen dat het vereiste feitelijk causale verband aanwezig is. Afgezien van bewijsmoeilijkheden en van problemen van meervoudige causaliteit, scheen het vraagstuk van feitelijk causaal verband aanvankelijk ongecompliceerd te zijn. Bij nadere bestudering bleek in het causaliteitsvereiste echter een tweetal, niet bepaald eenvoudige, problemen verscholen te liggen. Beide problemen spelen in de situatie waarin de laedens een normschendend doen wordt verweten. Naar heersende opvattingen wordt het causale verband dan vastgesteld door het normschendende doen weg te denken en vervolgens na te gaan wat dan zou zijn gebeurd. Het eerste probleem dat zich hierbij aandient, is het vaststellen van welk stuk van het handelen van de laedens precies dient te worden weggedacht: het gehele normschendende handelen of het specifiek normschendende element hiervan? In allerlei casus maakt dit een wezenlijk verschil. Als bijvoorbeeld een automobilist 60 km/u rijdt, daar waar 50 km/u de toegestane maximumsnelheid is, moet dan het hele rijden worden weggedacht of het rijden voor zover het te hard was? Als bijvoorbeeld een accountant een onderzoeksrapport openbaar maakt en dat onrechtmatig is omdat het rapport tot stand is gekomen zonder dat hoor en wederhoor is toegepast, dient dan het gehele openbaar maken van het rapport te worden weggedacht, of moet daarvoor in de plaats worden gedacht het openbaar maken van een rapport dat tot stand zou zijn gekomen indien wél hoor en wederhoor zou zijn toegepast? Vroeger verdedigden aanhangers van de zogenoemde leer van Demogue-Besier dat causaal verband vereist is tussen het specifiek normschendende element van een gedraging en de schade. Volgens deze leer is in deze voorbeelden voor de aanwezigheid van het causale verband beslissend wat zou zijn gebeurd indien de automobilist met de toegestane maximumsnelheid zou hebben gereden en wat zou zijn gebeurd als de accountant een rapport openbaar zou hebben gemaakt dat tot stand zou zijn gekomen mét toepassing van hoor en wederhoor. In de literatuur is algemeen aanvaard dat de Hoge Raad deze leer, in het voetspoor van het driemanschap, heeft verworpen. Naar mijn mening past de Hoge Raad deze leer echter in allerlei gevallen gewoon toe en/of sanctioneert hij haar toepassing en bereikt hij daarmee ook redelijke resultaten. De toepassing van deze leer kan naar mijn mening in sommige gevallen echter tot een te scherpe begrenzing van aansprakelijkheid leiden. Of de toepassing van de leer tot redelijke resultaten leidt, is mijns inziens afhankelijk van de met de geschonden norm beoogde bescherming. Om de causaliteitstoets niet afhankelijk te laten zijn van de met de geschonden norm beoogde bescherming, dient mijns inziens causaal verband te worden verlangd tussen het normschendende doen als geheel en de schade. De omstandigheid dat dezelfde schade op een niet-relevant andere wijze rechtmatig toegebracht had kunnen worden, heeft in deze benadering wel betekenis voor de reikwijdte van de aansprakelijkheid, maar dan pas in het kader van de vraag of een toereikend normatief verband tussen de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis en de schade aanwezig is (zie nader nr. 740).

733. Het tweede probleem bij de vaststelling van het causale verband in het geval van een normschendend doen, is of bij de constructie van de hypothetische situatie dat doen mag worden vervangen door de wijze waarop de laedens zou hebben gehandeld. De Hoge Raad lijkt dat in zijn recente rechtspraak voor te staan en daarmee te bedoelen dat het normschendende doen dient te worden vervangen door hetgeen de laedens zou hebben gedaan indien hij niet onrechtmatig had kunnen handelen. Naar mijn mening wordt met deze toets in feite het causale verband tussen de mogelijkheid om normschendend te handelen en de schade vastgesteld. Op het eerste gezicht lijkt dit enigszins op de reguliere causaliteitstoets, maar het is wezenlijk anders. Naar mijn mening laat zich het doorgaans niet rechtvaardigen om de laedens van aansprakelijkheid voor normschendend doen te bevrijden op de grond dat hij, zo hij niet normschendend zou hebben kunnen handelen, de schade door rechtmatig handelen zou hebben toegebracht. In allerlei gevallen zou een dergelijke toets tot onredelijke resultaten leiden. De rechtspraak van de Hoge Raad dient naar mijn mening niet zodanig geïnterpreteerd te worden dat de aanwezigheid van het causale verband wel zodanig dient te worden getoetst.

Het vereiste normatieve verband

734. Indien de schadevergoedingsremedie voor de gelaedeerde aan de geschonden norm is gekoppeld en de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis de schade heeft veroorzaakt, rijst de vraag die centraal staat in het relativiteitsvereiste en het toerekeningsvereiste: bestaat een toereikend normatief verband tussen deze gebeurtenis en die schade?

Wanneer het normatieve verband toereikend is

735. Tussen een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis en de daardoor veroorzaakte schade bestaat voldoende verband, indien zich laat vaststellen dat met de geschonden norm beoogd is de persoon van de gelaedeerde te beschermen tegen het soort schade zoals geleden en de wijze waarop die schade is ontstaan. Voor kwalitatieve aansprakelijkheden geldt mutatis mutandis hetzelfde. Met deze regel kan in de basale gevallen eenvoudig worden vastgesteld dat in beginsel – behoudens een bijzondere reden, zoals een *in pari delicto* verkerende gelaedeerde of een gelaedeerde met eigen schuld aan de schade – aansprakelijkheid bestaat voor de door de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis veroorzaakte schade. In de terminologie van de wet kan deze schade in beginsel worden toegerekend, terwijl tevens in beginsel aan het relativiteitsvereiste (indien dat geldt) is voldaan (behoudens de in nr. 745 en 746 te bespreken situaties). Ook de Hoge Raad heeft in verschillende van zijn arresten op deze wijze zijn positieve toerekeningsoordeel geschraagd.

Wanneer zich niet positief laat vaststellen dat met de geschonden norm of met de toepasselijke kwalitatieve aansprakelijkheid beoogd is te beschermen tegen de schade zoals geleden, is niet gezegd dat tussen de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis en de daardoor veroorzaakte schade geen toereikend normatief verband bestaat. De met de geschonden norm of de met de toepasselijke kwalitatieve aansprakelijkheid beoogde bescherming noopt er dan alleen niet toe om dit

verband aan te nemen. Bij de beoordeling of een toereikend normatief verband aanwezig is, dienen dan tevens andere factoren te worden betrokken. Wel blijft het geheel aan schadesituaties waarvoor zich positief laat vaststellen dat met de geschonden norm of met de toepasselijke kwalitatieve aansprakelijkheid beoogd is daartegen te beschermen, dan nog steeds gewicht in de schaal leggen. Naarmate namelijk de veroorzaakte schadesituatie qua persoon van de gelaedeerde, het soort schade en de wijze van ontstaan daarvan meer lijkt op de schadesituaties waartegen met de geschonden of met de toepasselijke kwalitatieve aansprakelijkheid wel beoogd is te beschermen, zijn betere redenen nodig om te oordelen dat het vereiste normatieve verband ontbreekt en dus voor de veroorzaakte schade geen aansprakelijkheid bestaat. Andersom geldt dat wanneer de veroorzaakte schadesituatie op de genoemde aspecten nauwelijks lijkt op de schadesituaties waartegen met de geschonden norm of met de toepasselijke kwalitatieve aansprakelijkheid beoogd is te beschermen, eerder voor de hand ligt om te oordelen dat het vereiste normatieve verband niet aanwezig is en dus geen aansprakelijkheid voor de veroorzaakte schade bestaat.

736. Aan de hand van de bestaande doctrine laat zich in het geval van een gepleegde onrechtmatige daad of een toepasselijke kwalitatieve aansprakelijkheid relatief eenvoudig bepalen welke bescherming is beoogd. Anders is dat in het geval van verplichtingen die voortvloeien uit een overeenkomst. Op dit terrein bleek nadere theorie nodig over de vaststelling van de door zo'n verplichting beoogde bescherming. Naar mijn mening is met verplichtingen uit overeenkomst, in de eerste plaats, beoogd te beschermen tegen de kosten die de schuldeiser maakt om een vervangende prestatie te verkrijgen; ook als die kosten op onvoorzienbare wijze onvoorzienbaar hoog worden. Met verplichtingen uit overeenkomst is, in de tweede plaats, beoogd tegen gevolgschade te beschermen. Tegen welke gevolgschade beoogd is te beschermen, dient naar mijn mening te worden vastgesteld op een wijze die afhangt van de bron van de verplichting: is sprake van een overeengekomen verplichting, of vloeit de verplichting voort uit de wet, de gewoonte of de redelijkheid en billijkheid (vgl. art. 6:248 lid 1 BW)? De gevolgschade waartegen overeengekomen verplichtingen beschermen, volgt in beginsel uit hetgeen partijen ten tijde van het aangaan van de overeenkomst in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs hebben begrepen en mochten begrijpen over de voordelen die de schuldeiser met de prestatie beoogde te verkrijgen en/of de nadelen die de schuldeiser met de prestatie beoogde te vermijden. De gevolgschade waartegen verplichtingen die voortvloeien uit de wet, de gewoonte of de redelijkheid en billijkheid beschermen, volgt uit uitleg van de wet, de gewoonte respectievelijk de redelijkheid en billijkheid. Door-gaans is daarbij, anders dan bij overeengekomen verplichtingen, niet van belang wat partijen bij het aangaan van de overeenkomst voorzagen of konden voorzien.

Niet de waarschijnlijkheid of voorzienbaarheid van de schade zoals geleden, maar de met de geschonden norm beoogde bescherming

737. De met de geschonden norm of met de kwalitatieve aansprakelijkheid beoogde bescherming dient mijns inziens bij schadetoerekening de functie over te nemen die in de literatuur doorgaans wordt toegekend aan de waarschijnlijkheid

of de voorzienbaarheid van schade. In de literatuur heeft de waarschijnlijkheid of de voorzienbaarheid van de geleden schade een vrijwel vanzelfsprekende relevantie in het kader van de schadetoerekening; zij werd van belang geacht lange tijd voordat Brunner zijn deelregels formuleerde. Naar mijn mening is echter de waarschijnlijkheid of de voorzienbaarheid van de schade zoals geleden niet bruikbaar bij de beoordeling of deze schade kan worden toegerekend en daarvoor in beginsel dus aansprakelijkheid dient te bestaan. Allereerst hangt namelijk vrijwel volledig van de gekozen beschrijving van de schade zoals geleden af of zij als waarschijnlijk of voorzienbaar kan gelden. Het zijn doorgaans de bij de beschrijving van deze schade impliciet en ongemotiveerd gemaakte keuzen die maken dat zij al dan niet als waarschijnlijk of voorzienbaar kan worden aangemerkt. Bovendien laat zich niet in het algemeen rechtvaardigen om naarmate de schade zoals geleden minder vaak voorkomt, en deze schade dus minder waarschijnlijk en minder voorzienbaar is, deze schade, die het gevolg is van een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis, eerder voor risico van de gelaedeerde te laten.

Op dit punt is naar ik meen een omslag in ons denken nodig. In plaats van te bepalen of de schade *zoals geleden* waarschijnlijk of voorzienbaar is, dient bepaald te worden tegen welke schade met een norm of met een kwalitatieve aansprakelijkheid beoogd is te beschermen. In allerlei gevallen is daarbij wezenlijk de waarschijnlijkheid en de voorzienbaarheid dat bij bepaald gedrag of het uitblijven van bepaalde maatregelen bepaalde schade *zou kunnen ontstaan*. In plaats van te toetsen of de schade zoals geleden waarschijnlijk of voorzienbaar is, dient te worden bepaald of de veroorzaakte schadesituatie kan gelden als de verwezenlijking van het gevaar met het oog waarop anders had dienen te worden gehandeld. Op die manier doet zich noch het beschrijvingsprobleem noch het normatieve probleem voor. Gaat men aldus te werk, dan wordt ook om deze reden duidelijk dat relativiteit en toerekening niet gescheiden dienen te worden: de met de geschonden norm beoogde bescherming is immers, in plaats van de voorzienbaarheid of waarschijnlijkheid van de schade zoals geleden, nodig bij de beoordeling of de schade toerekenbaar is.

Wanneer het normatieve verband ontoereikend is

738. Omdat zich niet altijd laat vaststellen dat met de geschonden norm of met de toepasselijke kwalitatieve aansprakelijkheid beoogd is te beschermen tegen de veroorzaakte schadesituatie, is het zinvol om de vraag te stellen wanneer geen toereikend normatief verband tussen de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis en de daardoor veroorzaakte schade aanwezig is om een verplichting tot vergoeding van die schade aan te kunnen nemen. De verschillende redenen die dit verband ontoereikend doen zijn, zijn de volgende. Zij kunnen, naar gelang dat uitkomt, in het relativiteitsvereiste of in het toerekeningsvereiste tot uitdrukking worden gebracht.

Grens I: schade beantwoordt niet aan het doel van de geschonden norm

739. Een eerste omstandigheid die maakt dat geen toereikend normatief verband bestaat tussen een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis en de daardoor veroorzaakte schade, is dat met de geschonden buitencontractuele of contractuele

norm of met de toepasselijke kwalitatieve aansprakelijkheid niet beoogd is te beschermen tegen de schade zoals geleden. Voor buitencontractuele aansprakelijkheid gaat het hier om wat de essentie van de relativiteitsleer is. Deze grens geldt evenzeer voor aansprakelijkheid wegens wanprestatie. Naar mijn mening ligt hier juist voor aansprakelijkheid vanwege wanprestatie in de praktijk een wezenlijke grens aan de verplichting tot schadevergoeding. Met deze grens kan worden gewerkt door aan de hand van de door mij ontwikkelde theorie (zie nr. 736) de met contractuele verplichtingen beoogde bescherming vast te stellen.

Vooral voor situaties van aansprakelijkheid vanwege een onrechtmatige daad dient deze grens te worden genuanceerd. In de literatuur bestaat hierover naar mijn mening een verkeerd beeld. In twee soorten situaties kan mijns inziens het begrenzen van aansprakelijkheid aan de hand van de met de geschonden norm beoogde bescherming onredelijk uitpakken. In de eerste plaats is dat het geval wanneer de schadesituatie zoals veroorzaakt, zowel qua persoon van de gelaedeerde, het soort schade zoals geleden als de wijze van ontstaan van die schade, in belangrijke mate lijkt op de schadesituaties waartegen met de geschonden norm wel beoogd is te beschermen. Om een onredelijke begrenzing van aansprakelijkheid te voorkomen, wordt in de jurisprudentie in deze gevallen doorgaans, en meestal wat verdekt, de strekking van de geschonden norm ruimer uitgelegd dan de met die norm beoogde bescherming. In de tweede plaats vervalt de rechtvaardiging voor het begrenzen van aansprakelijkheid aan de hand van het doel van de geschonden norm, wanneer de schade niet meer in het algemeen rechtmatig kan worden toegebracht. Om een onredelijke begrenzing van aansprakelijkheid te voorkomen wordt in deze gevallen in de rechtspraak soms met een kunstgreep gepretendeerd dat wel aan het relativiteitsvereiste wordt voldaan (er wordt dan bijvoorbeeld geoordeeld dat, omdat de schade ‘rechtstreeks’ was veroorzaakt of omdat schade was geleden in een ‘afgeleid belang’ van het beschermde belang, toch aan het relativiteitsvereiste is voldaan). Terwijl deze nuanceringen in de literatuur niet breed worden onderkend, wordt – andersom – in de doctrine ten onrechte de zogenoemde correctie-Langemeijer als correctie op de relativiteitsleer gezien. Naar heersende opvattingen wordt bij de toepassing van de correctie-Langemeijer aansprakelijkheid niet gebaseerd op de geschonden wettelijke norm waarmee niet beoogd is te beschermen tegen de schade zoals geleden, maar op een norm van ongeschreven recht die wel deze bescherming biedt. De crux bij de correctie-Langemeijer is, naar heersende opvattingen, dat deze wettelijke norm waarmee niet beoogd is te beschermen tegen de schade zoals geleden, wel beslissend kan bijdragen aan het aannemen van de norm van ongeschreven recht. Het begrenzen van aansprakelijkheid aan de hand van de met de geschonden norm beoogde bescherming kan, als gezegd, onredelijk uitpakken, maar in de jurisprudentie wordt daarvoor doorgaans echter gecorrigeerd door de strekking van de geschonden norm ruimer uit te leggen dan de met die norm beoogde bescherming. Naar mijn mening kan verder het bestaan van een wettelijke norm waarmee niet is beoogd te beschermen tegen de schade zoals geleden soms inderdaad, en zelfs beslissend, bijdragen aan het gelden van een zorgvuldigheidsnorm die wel tegen deze schade beschermt. Doorgaans – behoudens de in nr. 748 te bespreken situaties van verplaatste schade – heeft dat echter niets te maken met het corrigeren voor de werking van het relativiteitsvereiste. Inzicht in dit bijdra-

gen ontstaat pas als men dit beschouwt als de gewone werking van zorgvuldighedenormen en niet als het corrigeren van het relativiteitsvereiste.

Grens II: aanwezigheid rechtmatig alternatief

740. Een tweede omstandigheid die, specifiek voor de door een onrechtmatige daad of een wanprestatie veroorzaakte schade, kan maken dat geen toereikend normatief verband bestaat tussen de normschending en de schade, is dat dezelfde schade op een vergelijkbare wijze rechtmatig kan worden toegebracht. In de rechtspraak en de literatuur is onderkend dat het bestaan van zo'n rechtmatig alternatief in het geval van het handelen zonder te beschikken over een vereiste vergunning en in het geval van besluiten aansprakelijkheid van de overheid kan maken dat geen aansprakelijkheid voor de daardoor veroorzaakte schade bestaat. Naar mijn mening laat dit zich erdoor rechtvaardigen dat uit de mogelijkheid om dezelfde schade rechtmatig toe te brengen, kan volgen dat met de geschonden norm kennelijk niet beoogd is te beschermen tegen deze schade.

Het in deze situaties toegepaste onderliggende principe heeft een meer algemene gelding: wanneer zich niet positief laat vaststellen dat met de geschonden norm beoogd is te beschermen tegen de schade zoals geleden, volgt uit het gegeven dat dezelfde schade op niet-relevant andere wijze rechtmatig kan worden toegebracht veelal, en soms op volkomen vanzelfsprekende wijze, dat kennelijk het doel van de geschonden norm niet is te beschermen tegen deze schade. Aldus laat zich in zekere zin de met een norm beoogde bescherming langs een indirecte weg vaststellen. Uiteindelijk komt het bij deze grens echter niet aan op de uitleg van de geschonden norm, maar op het verkrijgen van een redelijke begrenzing van aansprakelijkheid. In moeilijk liggende situaties kan hierover worden geoordeeld door de voorliggende situatie te vergelijken, enerzijds, met schadesituaties waartegen met de geschonden norm wel beoogd is te beschermen en, anderzijds, met schadesituaties die op een vergelijkbare wijze rechtmatig veroorzaakt hadden kunnen worden. Voor aansprakelijkheid vanwege wanprestatie bleek, analoog, te kunnen gelden dat wanneer dezelfde schade meer in het algemeen evengoed bij een onberispelijke uitvoering van de overeenkomst zou kunnen ontstaan, kennelijk niet het doel van de verplichting uit overeenkomst is om te beschermen tegen die schade.

Grens III: niet door een ongeschreven norm beschermd belang

741. Een derde omstandigheid die, specifiek voor de door een rechtsinbreuk of door de schending van een wettelijke plicht veroorzaakte schade, kan maken dat geen toereikend normatief verband bestaat tussen deze onrechtmatige daad en de schade, is dat geen norm van ongeschreven recht geschonden is waarmee beoogd is te beschermen tegen de schade zoals geleden. Een geschonden subjectief recht of een wettelijke plicht kan een algemene strekking hebben, waardoor aan dat recht of aan die plicht relatief weinig gegevens kunnen worden ontleend over de daardoor geboden bescherming en de grenzen daaraan. De normen van ongeschreven recht krijgen dan een bijzondere betekenis: wanneer zich niet positief laat vaststellen dat met het recht waarop inbreuk is gemaakt of met de geschonden wettelijke plicht beoogd is te beschermen tegen de veroorzaakte schade,

maar wel duidelijk is dat geen norm van ongeschreven recht is geschonden waarmee beschermd wordt tegen de schade zoals geleden, zelfs niet als de rechtsinbreuk of de schending van de wettelijke plicht aan schuld is te wijten of zou zijn, dan bestaat voor deze schade geen aansprakelijkheid.

Grens IV: verwezenlijking van een niet-vergroot risico

742. Een vierde omstandigheid die maakt dat geen toereikend normatief verband bestaat tussen een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis en de daardoor veroorzaakte schade, is dat de schade geldt als de verwezenlijking van een niet door die aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis vergroot risico. Indien met de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis de kans op de schade zoals geleden wél is vergroot, bleek daarin een veelal doorslaggevende reden te liggen om te oordelen dat een toereikend normatief verband tussen die gebeurtenis en deze schade aanwezig is. Anders ligt dat wanneer de schade geldt als verwezenlijking van een niet door de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis vergroot risico. In deze gevallen is de schade een zuiver toevallig gevolg van de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis en laat zich niet rechtvaardigen de laedens te verplichten deze schade te vergoeden. Men kan ook zeggen dat normen en kwalitatieve aansprakelijkheden niet beogen te beschermen tegen dergelijke zuiver toevallig veroorzaakte schade. Voor het bestaan en de omvang van het risico dat zich heeft verwezenlijkt, is namelijk indifferent of de norm wordt geschonden of dat zich een gebeurtenis voordoet die kwalitatief aansprakelijk maakt. Niet valt in te zien waarom met deze norm of met die kwalitatieve aansprakelijkheid dan toch beoogd zou zijn tegen deze schade te beschermen.

Restgevallen: tussen fundering en begrenzing

743. De vraag of tussen de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis en de schade een toereikend normatief verband bestaat, heb ik in het voorgaande vanuit twee verschillende invalshoeken benaderd. Enerzijds laat zich deze vraag in positieve zin beantwoorden indien met de geschonden norm of met de toepasselijke kwalitatieve aansprakelijkheid beoogd is te beschermen tegen de veroorzaakte schadesituatie. Anderzijds dient een negatief antwoord te worden gegeven indien zich een van de vier hiervoor beschreven situaties voordoet. Soms laat zich niet op deze wijze bepalen of het vereiste normatieve verband al dan niet aanwezig is. In deze, mijns inziens heel zeldzame, gevallen kan de methode van Wiarda gehanteerd worden. De te beoordelen schadesituatie dient dan vergeleken te worden met, enerzijds, daarop lijkende schadesituaties waarvan duidelijk is dat een toereikend normatief verband met de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis bestaat en met, anderzijds, daarop lijkende schadesituaties waarin duidelijk is dat geen toereikend normatief verband aanwezig is. Aan de hand van deze dubbele vergelijking kan een beredeneerd antwoord worden gegeven op de vraag of een toereikend normatief verband aanwezig is.

Nadere begrenzing van aansprakelijkheid

744. Ook als de schadevergoedingsremedie aan de geschonden norm is gekoppeld, de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis de schade heeft veroorzaakt, tussen deze gebeurtenis en die schade een toereikend normatief verband aanwezig is, kunnen er redenen zijn, die tot uitdrukking komen in het relativiteitsvereiste en het toerekeningsvereiste, waarom de laedens niet gehouden is tot vergoeding van de schade.

Doorkruising van een andere (verhaals)regeling

745. Een nadere grens aan de door een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis veroorzaakte bestaat, indien het geven van een aanspraak op schadevergoeding een andere (verhaals)regeling op onaanvaardbare wijze zou doorkruisen. Doordat onze wet met een heel algemene bepaling regelt welke gebeurtenissen tot aansprakelijkheid leiden, ligt voor de hand dat in sommige gevallen het aannemen van aansprakelijkheid een andere regeling zou doorkruisen. In de rechtspraak en literatuur zijn deze doorkruisingssituaties niet steeds als zodanig onderkend en ook nog niet tezamen onder deze noemer gebracht. Zelfs als tussen de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis en de daardoor veroorzaakte schade voldoende normatief verband bestaat, kan zo'n doorkruising maken dat toch geen aansprakelijkheid voor deze schade bestaat. Dit kan in het relativiteitsvereiste of in het toerekeningsvereiste tot uitdrukking worden gebracht. Wanneer de overheid op grond van een onrechtmatige daad aanspraak maakt op schadevergoeding, kan dat leiden tot een onaanvaardbare doorkruising van het publiekrecht. Wanneer een aandeelhouder vergoeding vordert van 'afgeleide schade' door een waardevermindering van zijn aandelen, kan dat leiden tot een onaanvaardbare doorkruising van de vennootschapsrechtelijke rechtsorde. En ook wanneer een verzekeraar op grond van onrechtmatige daad vergoeding vordert van zijn, door het doen van een uitkering aan de verzekerde, ontstane afgeleide schade, kan dat leiden tot een onaanvaardbare doorkruising van de verzekeringsrechtelijke subrogatieregeling (art. 7:962 BW). Bij elk van deze doorkruisingsproblemen geldt dat, hoewel de samenlopende andere regeling wel een goed begin biedt bij het onderzoek of de reikwijdte van aansprakelijkheid dient te worden begrensd, die regeling op zichzelf niet steeds concludent is: soms dienen aan die regeling ten grondslag liggende of met de regeling samenhangende normatieve noties betrokken te worden om te kunnen bepalen of het aanvaardbaar is om een aanspraak op vergoeding van de door een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis veroorzaakte schade te laten bestaan.

Bijzondere omstandigheden aan de zijde van de gelaedeerde

746. Een andere nadere grens aan de door een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis veroorzaakte schade geldt in het geval van bepaalde bijzondere omstandigheden aan de zijde van de gelaedeerde. Onder deze grens schaarde ik de problematiek van de *in pari delicto* verkerende gelaedeerde en de schade in een niet-rechtmatig belang. Ook hier geldt dat ook als een voldoende normatief verband bestaat tussen de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis en de daardoor

veroorzaakte schade, vanwege deze bijzondere redenen deze schade toch niet aan het relativiteitsvereiste of het toerekeningsvereiste is voldaan.

In de literatuur wordt niet scherp geduid wat bedoeld wordt met een *in pari delicto* verkerende gelaedeerde. Naar mijn mening dient onderscheid gemaakt te worden tussen twee situaties waarin de gelaedeerde *in pari delicto* verkeert: ten eerste kan de gelaedeerde zelf tamelijk dwingend aanleiding hebben gegeven voor de onrechtmatige daad van de laedens ten gevolge waarvan hij vervolgens schade lijdt en ten tweede kan de gelaedeerde zelf (opzettelijk) een bepaalde norm hebben geschonden die hij de laedens verwijt ook geschonden te hebben. Of de *in pari delicto* verkerende gelaedeerde geen aanspraak op schadevergoeding heeft, hangt uiteindelijk ervan af of een redelijke begrenzing van aansprakelijkheid wordt verkregen. Indien de gelaedeerde aanspraak maakt op de vergoeding van de waarde van een verboden zaak of een voordeel dat hij zonder de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis in strijd met het recht zou hebben verkregen, maakt de gelaedeerde aanspraak op de vergoeding van schade in een niet-rechtmatig belang. In beginsel komt dergelijke schade niet voor vergoeding in aanmerking. Ook hier is echter de redelijkheid van de verkregen begrenzing aan aansprakelijkheid uiteindelijk beslissend.

Bijzondere verruiming van aansprakelijkheid

747. Onder bijzondere omstandigheden is de gehoudenheid tot schadevergoeding ruimer dan uit het hiervoor besprokene volgt, althans wordt het hiervoor besprokene op een bepaalde manier nader ingevuld.

Verplaatste schade

748. Een naar mijn mening belangrijk maar enigszins onderbelicht probleem is dat van de verplaatste schade. Ik spreek van een situatie van verplaatste schade indien iemand ten gevolge van een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis schade lijdt, niet duidelijk is of diegene aanspraak heeft op vergoeding daarvan, maar wél duidelijk is dat als ten gevolge van deze gebeurtenis deze schade door een ander zou zijn geleden, de laedens haar had dienen te vergoeden. De positie van de gelaedeerde kan zodanig overeenkomen met de positie van die ander, dat het onredelijk zou zijn om de gelaedeerde geen aanspraak op schadevergoeding te geven en de laedens te laten weggkomen zonder die schade te vergoeden. Door het vergelijken van de positie van de gelaedeerde met de positie van degene die volgens de normale regels aanspraak zou kunnen maken op schadevergoeding, wordt een methode verkregen om een redelijke grens aan aansprakelijkheid te bepalen. Langs deze weg kan worden bepaald of een uitzondering gemaakt dient te worden op de regel dat degene wiens bescherming met de geschonden norm niet beoogd is geen aanspraak heeft op schadevergoeding en op de regel dat in het geval van wanprestatie alleen de schuldeiser aanspraak op schadevergoeding heeft. Het belang van deze figuur is onder meer erin gelegen dat zich daarmee, naar mijn mening, de ketenjurisprudentie laat verklaren op een wijze die beter inzicht geeft in de redenen waarom en de omstandigheden waaronder een derde die geen partij is bij een overeenkomst soms een wanpresterende schuldenaar tot schadevergoeding kan aanspreken.

Bloembergen heeft, vooral voor buitencontractuele aansprakelijkheid, de situatie van verplaatste schade terecht geïdentificeerd en de bijzondere rechtvaardiging voor het geven van een aanspraak aan een derde onderkend, maar dat niet veel verder uitgewerkt. Ook de regelingen van art. 6:107, 6:107a en 6:108 BW zijn grotendeels op deze gedachte van verplaatsing van schade gebaseerd, maar deze regelingen zijn beperkt tot schade als gevolg van letsel en/of overlijden. De algemene figuur van de verplaatste schade kan verder worden ontwikkeld. Schade kan zich in de genoemde zin verplaatsen onder meer van een aannemer naar zijn opdrachtgever, van degene die opdracht geeft werkzaamheden te verrichten naar degene die feitelijk belanghebbende is van die werkzaamheden, van de huurder naar de huurder van een zaak, van een kredietnemer naar de kredietverlener, en van de verkoper naar de koper van een goed. Ik heb een theorie ontwikkeld om te bepalen of degene naar wie de schade zich heeft verplaatst, tegenover de laedens aanspraak heeft op vergoeding daarvan. Ten eerste dient de laedens jegens een ander, de claimgerechtigde, aansprakelijk te zijn en ten tweede dient de laedens, in de situatie waarin de door de gelaedeerde geleden schade voor rekening van deze claimgerechtigde zou zijn gekomen, gehouden te zijn deze schade aan de claimgerechtigde te vergoeden. Naast deze twee ingangsvoorwaarden is voor het bestaan van de aanspraak van de gelaedeerde noodzakelijk, dat de gelaedeerde op een toereikende wijze een positie van de claimgerechtigde heeft overgenomen. Diverse factoren kunnen vervolgens maken dat aan de gelaedeerde juist geen aanspraak op schadevergoeding tegenover de laedens toekomt: de claimgerechtigde kan door middel van abstracte schadebegroting zelf vergoeding van de verplaatste schade van de laedens vorderen; de gelaedeerde heeft tegenover de claimgerechtigde aanspraak op vergoeding van zijn schade; of er is sprake van samenloop met een bijzondere wettelijke regeling die ziet op het bestaan van een aanspraak op vergoeding van de verplaatste schade. De aanspraak op vergoeding van verplaatste schade laat zich in ons flexibele wettelijke systeem op verschillende manieren inbedden, onder meer door gebruik te maken van aanvullende zorgvuldigheidsnormen of door de relativiteit van de onrechtmatige daad en contractswerking te nuanceren.

Uitbreiding kring van gerechtigden versus rekening houden met een belang van een ander

749. Aan het begin van deze slotbeschouwing scheef ik dat naar mijn mening scherper onderscheid gemaakt dient te worden tussen twee situaties waarin de kring van gerechtigden tot schadevergoeding wordt uitgebreid. In de eerste plaats zijn er de situaties waarin het uitgangspunt dat gelijke gevallen gelijk behandeld dienen te worden, maakt dat het niet redelijk zou zijn om de een wel een aanspraak te geven op schadevergoeding, maar een ander niet. In de tweede plaats zijn er de situaties waarin de in het maatschappelijk verkeer in acht te nemen zorgvuldigheid van de laedens vergt om met een belang van een ander rekening te houden en omdat de laedens zich niet aan die norm heeft gehouden de ander een aanspraak heeft op schadevergoeding. Ik licht nu verder toe waarom deze situaties scherper onderscheiden dienen te worden.

In de jurisprudentie en de literatuur is aanvaard dat in het geval van aansprakelijkheid vanwege de schending van een wettelijke plicht de werking van het

relativiteitsvereiste kan worden gecorrigeerd door middel van een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm (de correctie-Langemeijer). Naar heersende opvattingen is de crux bij deze correctie, dat de wettelijke norm waarmee niet beoogd is te beschermen tegen de schade zoals geleden, wel beslissend kan bijdragen aan het aannemen van een zorgvuldigheidsnorm die wel de gewenste bescherming biedt. Het soms, en zelfs beslissend, bijdragen van een wettelijke norm aan het gelden van een zorgvuldigheidsnorm heeft mijns inziens echter niets te maken met het corrigeren van de werking van het relativiteitsvereiste. Sprake is mijns inziens van de reguliere toepassing van zorgvuldigheidsnormen. Wanneer men dit beschouwt als het corrigeren van het relativiteitsvereiste dan belemmert dat het zicht op de redenen waarom de gelding van zo'n wettelijke norm kan bijdragen aan de gelding van een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm. De term correctie-Langemeijer dient daarom niet meer gehanteerd te worden en in de handboeken dient dit baseren van een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm mede op een wettelijke norm, besproken te worden bij de behandeling van ongeschreven zorgvuldigheidsnormen en niet bij de relativiteitsleer. Het begrenzen van aansprakelijkheid aan de hand van het doel van de geschonden norm kan wel onredelijk uitpakken. Met name is dat het geval wanneer met die norm niet beoogd is te beschermen tegen de veroorzaakte schadesituatie, maar die schadesituatie wel veel lijkt op de schadesituaties waartegen met die norm wel beoogd is te beschermen. In deze situaties wordt de werking van het relativiteitsvereiste echter gecorrigeerd door de strekking van de geschonden norm ruimer uit te leggen dan de met de norm beoogde bescherming.

De vraag of een wanprestatie tot aansprakelijkheid leidt tegenover een derde die geen partij bij de overeenkomst is, wordt in de jurisprudentie en literatuur beantwoord door te onderzoeken of de schuldenaar naar ongeschreven recht bij de uitvoering van de overeenkomst met de belangen van die derde rekening diende te houden (de ketenjurisprudentie). Dit wordt beschouwd als min of meer reguliere toepassing van normen van ongeschreven recht. In de meeste gevallen van de ketenjurisprudentie waarin een wanpresterende schuldenaar aansprakelijk wordt gehouden tegenover een derde, is dat mijns inziens echter omdat de relativiteit van de overeenkomst onredelijk streng uitpakt en daarvoor wordt gecorrigeerd. De reden om te corrigeren is dezelfde als de reden waarom in het geval van buitencontractuele aansprakelijkheid de toepassing van het relativiteitsvereiste wordt gecorrigeerd: de veroorzaakte schadesituatie komt in hoge mate overeen met de schadesituaties waartegen met de geschonden verplichting beoogd is te beschermen, waardoor onredelijk zou zijn de laedens vrijuit te laten gaan en het evenzeer onredelijk zou zijn de gelaedeerde geen aanspraak op schadevergoeding te geven. In het geval van aansprakelijkheid wegens wanprestatie is het niet zinvol om, zoals bij buitencontractuele aansprakelijkheid gebeurt, de strekking van de geschonden norm ruimer uit te leggen. Naar heersende opvattingen kan namelijk slechts aansprakelijkheid van de schuldenaar tegenover een derde worden aangenomen door te zeggen dat de in het maatschappelijk verkeer in acht te nemen zorgvuldigheid van de schuldenaar vergde om met de belangen van de derde rekening te houden. Beter inzicht in de omstandigheden waaronder een wanpresterende schuldenaar tegenover een derde aansprakelijk is, wordt verkregen door dit niet te beschouwen als de reguliere toepassing van zorgvuldig-

heidsnormen maar als het op redelijkheidsgronden corrigeren van de relativiteit van de contractswerking.

Opzet en bewuste roekeloosheid aan de zijde van de laedens

750. Verder kan het opzet en de bewuste roekeloosheid van de laedens van invloed zijn op de reikwijdte van aansprakelijkheid. Omdat opzet betrekking kan hebben op verschillende zaken en zich in verschillende gradaties kan voordoen, heb ik voor verschillende varianten van opzet en bewuste roekeloosheid de betekenis voor zowel de fundering van aansprakelijkheid als de begrenzing daarvan beschreven.

Chapter 1. This doctoral thesis discusses the extent of liability under Dutch law for damage caused by tortious acts, events that entail strict liability, and breach of contract. Its particular focus is on the issues of the scope of duty, causation and remoteness.

Part I: Exploration and preparation. *Chapter 2* describes the development of the law on the subject of this thesis from the end of the nineteenth century up to the present. It shows how French and German influences, doctrinal developments of our own making and developments in case law ultimately resulted in the provisions, relevant in this thesis, of our current Civil Code. This chapter also gives an outline of how our Supreme Court has interpreted these provisions. *Chapter 3* challenges the statutory and doctrinal division between scope of duty and remoteness. It argues that the protective purpose of the violated duty and other circumstances are of importance in both issues and that the ultimate criterion is whether a reasonable scope of liability in the given circumstances is obtained. It argues furthermore that the division is unnecessary and counterproductive and should be abandoned in the doctrinal treatment of the law. *Chapter 4* contests the mainstream multi-factor rules as a method of determining whether the damage is too remote. In particular, this chapter argues that the probability or foreseeability of the damage suffered cannot be used as a determining factor in this context. It is submitted that the reasons for this are, first, that the probability or foreseeability of the damage suffered depends in large measure on the way this damage is described, and, second, that there is no justification in general to narrow the scope of liability when the suffered damage occurs less often and is therefore less probable and foreseeable.

Part II: Preliminary requirements. *Chapter 5* asks whether the remedies of performance and/or compensation are connected to the duty in question. In the case of contractual duties, and regardless of the protective purpose of the duty, only the creditor has a right to performance and/or compensation. In the case of duties sanctioned in tort law, in general the person or persons protected by the duty is or are also able to enforce performance and are entitled to compensation if the duty is violated. Sometimes, however, even these persons are not able to enforce performance and are not entitled to compensation. This occurs especially in the case of statutory duties of governmental institutions. These duties are sometimes exclusively sanctioned in another part of the law (for instance in administrative law) or only intended as a way to let the governmental institution perform a task

in the public interest. *Chapter 6* interprets the requirement of factual causation. It argues first that, although the requirement of causation of the tortious aspect sometimes delivers the desired results, this requirement is too restrictive in general. Therefore, in liability law, causation of the conduct as a whole suffices. Second, it argues that when applying the but-for test, it is in general not allowed to replace the active unlawful conduct of the defendant with the manner in which the defendant would have acted if they were unable to act unlawfully.

Part III: The normative connection between the event giving rise to liability and the damage. *Chapter 7* argues that, if the claimant is able in principle to exercise the right of compensation, the protective purpose of the violated duty or the applicable provision of strict liability has a foundational meaning for the scope of liability: if one can establish that the purpose of the duty or provision is to protect the person of the claimant, against the kind of damage they suffered and the way it came about, the scope of liability comprises this damage and therefore in principle it has to be compensated. This chapter also discusses how the protective purpose of a duty can be established, with a particular focus on the protective purpose of contractual duties. *Chapter 8* discusses the limit on liability if the damage suffered does not fit the protective purpose of the violated tortious or contractual duty or the applicable provision of strict liability. It also argues that courts sometimes, and often in a somewhat concealed manner, do not apply this limit, because it would result in a too restrictive liability. *Chapter 9* argues that a limit of liability for damage caused by a tortious act or a breach of contract can be found by examining whether the damage could be caused in a similar but lawful manner. *Chapter 10* argues that tortious liability for an infringement of a subjective right or the violation of a statutory duty is limited by the scope of protection offered by unwritten duties of social propriety. *Chapter 11* argues that no liability exists for damage that qualifies as the manifestation of a risk that the event giving rise to liability did not increase. *Chapter 12* gives a method for approaching possible residual problems.

Part IV: Further limitation of liability. *Chapter 13* argues that liability is limited if a right to compensation of the claimant would be contrary to another regulation. This limitation applies if a governmental institution seeks compensation for a loss incurred as a result of performing a governmental task in response to an event giving rise to liability, if a shareholder claims compensation for derivative loss and if an insurer claims compensation for loss suffered because it provided a benefit as a result of an event giving rise to liability. *Chapter 14* discusses two limits on liability entailed by special circumstances concerning the claimant: the *in pari delicto* claimant and damage in an unlawful interest.

Part V: Particular extensions of liability. *Chapter 15* addresses the problem of transferred loss. This term was used for the situation in which an event giving rise to liability caused damage not to the person with a course of action, who would have been able to claim compensation for this damage if they had suffered this damage themselves, but to a third person. In this situation, a method to establish reasonable limits of liability was to compare the position of the third person, who suffered the damage, to the position of the person who would have been able to

claim compensation for this damage. The chapter discusses a range of cases of transferred loss, submits a theory of requirements to decide whether the person who suffered the transferred loss should be able to claim compensation from the defendant, and discusses the manner to embed this claim in the system of our law of obligations. *Chapter 16* discusses the consequences of intent or gross negligence of the defendant for the scope of liability.

Literatuuroverzicht

Van den Akker 2001

E.J.A.M. van den Akker, *Beroepsaansprakelijkheid ten opzichte van derden* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001

Akkermans 1997

A.J. Akkermans, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband* (diss. Tilburg), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1997

Akkermans 2002

A.J. Akkermans, *De 'omkeringsregel' bij het bewijs van causaal verband* (oratie Amsterdam, VU), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002

Asser 1838

C. Asser, *Het Nederlandsch Burgerlijk Wetboek vergeleken met het Wetboek Napoleon*, Den Haag: De Gebroeders Van Cleef 1838

Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2009

A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Verbintenissenrecht. De verbintenis in het algemeen, tweede gedeelte*, Deventer: Kluwer 2009

Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II 2013

A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Verbintenissenrecht. De verbintenis in het algemeen, tweede gedeelte*, Deventer: Kluwer 2013

Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015

A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Verbintenissenrecht. De verbintenis uit de wet*, Deventer: Kluwer 2015

Asser/Kortmann 3-III 2017

S.C.J.J. Kortmann, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Vermogensrecht algemeen. Volmacht en vertegenwoordiging*, Deventer: Wolters Kluwer 2017

Asser & Limburg 3-I 1905

C. Asser & J. Limburg, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Verbintenissenrecht. De verbintenis in het algemeen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1905

Asser/Losecaat Vermeer 3-I 1939

P.A.J. Losecaat Vermeer, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Verbintenissenrecht. De verbintenis in het algemeen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1939

Asser/Losecaat Vermeer & Rutten 3-I 1958

P.A.J. Losecaat Vermeer & L.E.H. Rutten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Verbintenissenrecht. De verbintenis in het algemeen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1958

Asser/Mijnssen & Van Velten 3-III 1986

F.H.J. Mijnssen & A.A. van Velten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Zakenrecht. Zekerheidsrechten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1986

Asser/Rutten 3-II 1954

L.E.H. Rutten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Verbintenissenrecht. De overeenkomst en de verbintenis uit de wet*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1954

Asser/Rutten 4-I 1973

L.E.H. Rutten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Verbintenissenrecht. De verbintenis in het algemeen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1973

Asser/Rutten 4-I 1978

L.E.H. Rutten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Verbintenissenrecht. De verbintenis in het algemeen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1978

Asser/Rutten 4-I 1981

L.E.H. Rutten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Verbintenissenrecht. De verbintenis in het algemeen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1981

Asser/Rutten 4-III 1975

L.E.H. Rutten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Verbintenissenrecht. De verbintenis uit de wet*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1975

Asser/Rutten 4-III 1983

L.E.H. Rutten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Verbintenissenrecht. De verbintenis uit de wet*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1983

Asser/Scholten 1-II 1940

P. Scholten, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Personenrecht. Vertegenwoordiging en rechtspersoon*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1940

Asser/Scholten Algemeen deel 1974

P. Scholten, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen deel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1974

Asser/Schut 5-I 1981

G.H.A. Schut, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Bijzondere overeenkomsten. Koop en Ruil*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1981

Asser/Sieburgh 6-I 2016

C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Verbintenissenrecht. De verbintenis in het algemeen, eerste gedeelte*, Deventer: Wolters Kluwer 2016

Asser/Sieburgh 6-II 2017

C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Verbintenissenrecht. De verbintenis in het algemeen, tweede gedeelte*, Deventer: Wolters Kluwer 2017

Asser/Sieburgh 6-III 2018

C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Verbintenissenrecht. Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018

Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2018

T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Bijzondere overeenkomsten. Opdracht, incl. de geneeskundige behandelingsovereenkomst en de reisovereenkomst*, Deventer: Wolters Kluwer 2018

Asser/Vranken Algemeen deel** 1995

J.B.M. Vranken, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen deel***, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995

Asser/Vranken Algemeen deel*** 2005

J.B.M. Vranken, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen deel****, Deventer: Kluwer 2005

Asser/Vranken Algemeen deel**** 2014

J.B.M. Vranken, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen deel*****, Deventer: Kluwer 2014

Asser/Wansink, Van Tiggele-van der Velde & Salomons 7-IX* 2019

J.H. Wansink, N. van Tiggele-van der Velde & F.R. Salomons, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Bijzondere overeenkomsten. Verzekering*, Deventer: Wolters Kluwer 2019

Bakels 1996

F.B. Bakels, 'Vloeiend verbintenissenrecht', *RM Themis* 1996, p. 42-56

Bakels 2015

F.B. Bakels, 'Totstandkoming en uitleg van uitspraken van de Hoge Raad', *AA* 2015, p. 927-938

Von Bar 2000

C. von Bar, *The Common European Law of Torts, Volume Two*, Oxford: Clarendon Press 2000

Barendrecht 1992

J.M. Barendrecht, *Recht als model van rechtvaardigheid* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 1992

Barendrecht 1995

J.M. Barendrecht, 'Vragen aan Schoordijk over open normen', *RM Themis* 1995, p. 142-144

Barendrecht 1997

J.M. Barendrecht, 'Eigen schuld: consistentie en verdelingsmaatstaven', in: W.H. van Boom e.a. (red.), *Tussen 'Alles' en 'Niets'*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 153-186

Barendrecht 1998

J.M. Barendrecht, 'Pure Economic Loss in the Netherlands', in: E.H. Hondius (red.) *Netherlands Reports to the Fifteenth International Congress of Comparative Law*, Antwerpen: Intersentia 1998, p. 115-135

Barendrecht & Storm 1995

J.M. Barendrecht & H.M. Storm, *Berekening van schadevergoeding*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995

Barendrecht e.a. 2004

J.M. Barendrecht, J.B.M. Vranken, I. Giesen, M.J. Borgers, W. van der Burg, H.E.B. Tijssen, G.C.G.J. van Roermund, W.H. van Boom, 'Methoden van rechtswetenschap: komen we verder?', *NJB* 2004, p. 1419-1428

Beale e.a. 2010

H. Beale e.a., *Cases, Materials and Text on Contract Law*, Oxford: Hart Publishing 2010

Becht & Miller 1961

A.C. Becht & F.W. Miller, *The Test of Factual Causation in Negligence and Strict Liability Cases*, St. Louis (Missouri, USA): Washington University Studies 1961

Di Bella 2012

L. Di Bella, 'Besluitenaansprakelijkheid en causaal verband', *NALL* 2012, DOI: 10.5553/NALL/.000002

Di Bella 2013

L. Di Bella, 'De relativiteit van de onrechtmatige overheidsdaad', *AV&S* 2013, p. 5-19

Di Bella 2014

L. Di Bella, *De toepassing van de vereisten van causaliteit, relativiteit en toerekening bij de onrechtmatige overheidsdaad* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2014

Di Bella 2016

L. Di Bella, 'Geen aansprakelijkheid politie voor onterecht verlenen wapenverlof. Een bespreking van de onrechtmatige overheidsdaad aan de hand van Rb. Den Haag 4 februari 2015 (schietpartij Alphen aan den Rijn)', *AV&S* 2016, p. 129-132

De Bie Leuveling Tjeenk 1997

J. de Bie Leuveling Tjeenk, *Gerechtigden tot schadevergoeding bij zaakschade* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1997

Bierbooms 1997

P.F.A. Bierbooms, *Privaatrechtelijk kostenverhaal door de overheid* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 1997

Van Bijnen 2005

R.H.J. van Bijnen, *Aanvullend contractenrecht* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2005

Bingham 1909

J.W. Bingham, 'Some Suggestions Concerning "Legal Cause" at Common Law', *Colum. L. Rev.* 1909, p. 16-37 en 136-154

Bloembergen 1952

A.R. Bloembergen, 'De Omvang van de Schadevergoeding bij Wanprestatie en bij Onrechtmatige daad', Bijlage bij *Advocatenblad* 1952, p. 36-54

Bloembergen 1965

A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1965

Bloembergen 1973

A.R. Bloembergen, 'Juridische causaliteit', *RM Themis* 1973, p. 475-483

Bloembergen 1977

A.R. Bloembergen, 'De eenheid van privaatrecht en administratief recht', *WPNR* 1977 (5372 t/m 5375), p. 1-5, 17-23, 33-36, 49-54

Bloembergen 1979

A.R. Bloembergen, 'Aansprakelijkheid bij leidingschades', *BR* 1979, p. 565-579

Bloembergen 1987a

A.R. Bloembergen, 'Prof. mr. A.J.O. Baron van Wassenaer van Catwijck, Eigen schuld en medeschuld volgens BW en NBW', *RM Themis* 1987, p. 249-252

Bloembergen 1987b

A.R. Bloembergen, 'Mr C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Verbintenissenrecht Deel III De verbintenis uit de wet volgens het Nieuwe Burgerlijk Wetboek 7e druk, bewerkt door Mr A.S. Hartkamp', *NJB* 1987, p. 631-633

Bloembergen 1988

A.R. Bloembergen, 'Iets over object en methode van wetenschap en rechtspraak in het privaatrecht', in: O.W.M. Kamstra e.a. (red.), *Nederlandse Rechtswetenschap*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 61-80

Bloembergen 1991

A.R. Bloembergen, 'C.C. van Dam, Zorgvuldigheidsnorm en aansprakelijkheid', *WPNR* 1991 (5994), p. 128-132

Bloembergen 1992

A.R. Bloembergen, 'Verplaatsing van schade', in: E.H. Hondius e.a. (red.), *Quod Licet Kleijn-Bundel*, Deventer: Kluwer 1992

Bloembergen 1993

A.R. Bloembergen, 'G.H. Lankhorst, De relativiteit van de onrechtmatige daad', *RM Themis* 1993, p. 142-145

Van Boeschoten 1952

C.D. van Boeschoten, 'De Omvang van de Schadevergoeding bij Wanprestatie en bij Onrechtmatige daad', Bijlage bij *Advocatenblad* 1952, p. 1-35

Van Boom 1993

W.H. van Boom, 'Art. 7A:1638x BW: risico-aansprakelijkheid?', *Bb* 1993, p. 157-160

- Van Boom 1997
 W.H. van Boom, 'Aansprakelijkheid naar rato van het veroorzakingsaandeel', in: W.H. van Boom e.a. (red.), *Tussen 'Alles' en 'Niets'*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 135-152
- Van Boom 2001
 W.H. van Boom, 'Boekbespreking C.H. Sieburgh, Toerekening van een onrechtmatige daad, dissertatie Rijksuniversiteit Groningen 2000', *WPNR* 2001 (6441), p. 335-341
- Van Boom 2004
 W.H. van Boom, 'Pure Economic Loss, A Comparative Perspective', in: W.H. van Boom, H. Koziol en C.A. Witting (red.), *Pure Economic Loss*, Wenen: Springer 2011, p. 1-39
- Boonekamp 2002
 R.J.B. Boonekamp, 'Met gezond verstand en rechtsgevoel', in: J. Spier en W.A.M. van Schendel (red.), *Schadevergoeding: Een eeuw later*, Deventer: Kluwer 2002, p. 37-42.
- Brüggemeier 2006
 G. Brüggemeier, *Haftungsrecht: Struktur, Prinzipien, Schutzbereich*, Berlijn: Springer 2006
- Van Brakel 1934a
 S. van Brakel, 'Opmerkingen over causaliteit', *W* 12700 en *W* 12701 1934, p. 1-2 en 1-2
- Van Brakel 1934b
 S. van Brakel, 'Oorzaak en gevolg', *W* 12798 1934, p. 1-2
- Van Brakel 1948
 S. van Brakel, *Leerboek van het Nederlandse Verbintenissenrecht, Eerste deel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1948
- Briessorn 2010
 K. Briessorn, *Vertragshaftung und responsabilité contractuelle* (diss. Kiel/Saint-Étienne), Tübingen: Mohr Siebeck 2010
- Brunner 1975
 C.J.H. Brunner, 'Mr. A.J.O. Baron van Wassenaar van Catwijck/Eigen schuld', *RM Themis* 1975, p. 350-354
- Brunner 1978
 C.J.H. Brunner, 'Over relativiteit van verkeersnormen', *VR* 1978, p. 29-35
- Brunner 1981a
 C.J.H. Brunner, 'Causaliteit en toerekening van schade', *VR* 1981, p. 210-217 en 233-236.
- Brunner 1981b
 C.J.H. Brunner, 'Boekbeschouwingen, Schut/Onrechtmatige daad en Asser-Rutten III', *RM Themis* 1981, p. 36-42
- Brunner 1991
 C.J.H. Brunner, 'De zorgvuldigheid op de troon', *NJB* 1991, p. 1624-1627
- Brunner 1997
 C.J.H. Brunner, 'Het fundament van het Nederlandse schadevergoedingsrecht', in: P. Abas e.a. (red.), *J.L.P. Cahen-bundel*, Arnhem: Gouda Quint 1997, p. 63-70

Von Buri 1873

M. von Buri, *Ueber Causalität und deren Verantwortung*, Leipzig: J.M. Gebhardt's Verlag 1873

Busch 2002

D. Busch, *Middellijke vertegenwoordiging in het Europese contractenrecht* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2002

Bussani 2011

M. Bussani (red.), *Pure Economic Loss in Europe*, Cambridge: Cambridge University Press 2011

Von Caemmerer 1956

E. von Caemmerer, *Das problem des Kausalzusammenhangs im Privatrecht*, Freiburg: Hans Ferdinand Schulz Verlag 1956

Cahen 2004

J.L.P. Cahen, *Overeenkomst en derden* (Mon BW, B57), Deventer: Kluwer 2004

Cane 1996

P. Cane, *Tort Law and Economic Interests*, Oxford: Oxford University Press 1996

Cane 1997

P. Cane, *The Anatomy of Tort Law*, Oxford: Hart Publishing 1997

Cane 2000

P. Cane, 'Mens Rea in Tort Law', *Oxford J. L. Studies* 2000, p. 533-556

Cane 2002

P. Cane, *Responsibility in Law and Morality*, Oxford: Hart Publishing 2002

Cane 2007

P. Cane, 'The General/Special Distinction in Criminal Law, Tort Law and Legal Theory', *Law & Phil* 2007, p. 465-500

Carpenter 1932

C.E. Carpenter, 'Workable Rules For Determining Proximate Cause', *Cal. L. Rev.* 1932, p. 229-259, 396-419, 471-539

Cartwright 1996

J. Cartwright, 'Remoteness of Damage in Contract and Tort: A reconsideration', *CLJ* 1996, p. 488-514

Carty 2010

H. Carty, *An Analysis of the Economic Torts*, Oxford: Oxford University Press 2010

Cohen 1916

F.M. Cohen, *Berekening der schadevergoeding bij het niet-nakomen van overeenkomsten* (diss. Amsterdam, UvA), Amsterdam: Amsterdamsche boeken steendrukkerij 1916

Cohen & McKendrik 2005

N. Cohen & E. McKendrik (red.), *Comparative Remedies for Breach of Contract*, Oxford: Hart Publishing 2005

Čurman 2008

I. Čurman, *Der Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens*, Saarbrücken: VDM Verlag Dr. Müller 2008

- Van Dam 1989
C.C. van Dam, *Zorgvuldigheidnorm en aansprakelijkheid* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1989
- Van Dam 2000
C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2000
- Van Dam 2001
C.C. van Dam, 'Mr Carla H. Sieburgh, Toerekening van een onrechtmatige daad', *VR* 2001, p. 71-74
- Van Dam 2013
C.C. van Dam, *European Tort Law*, Oxford: Oxford University Press 2013
- Van Dam 2015a
C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht, Deel I*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2015
- Van Dam 2015b
C.C. van Dam, 'Taxus revisited. Een kleine taxonomie van het kennisvereiste', *MvV* 2015, p. 229-234
- Demogue 1924
R. Demogue, *Traité des Obligations en Général, Sources des Obligations, Tome IV*, Paris: Rousseau 1924.
- Deurvorst 1994
T.E. Deurvorst, *Schadevergoeding, voldoening van een redelijke gebruiksvergoeding en winstafdracht bij inbreuk op intellectuele eigendomsrechten* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1994
- Deutsch 1993
E. Deutsch, "'Das allgemeine Lebensrisiko" als negativer Zurechnungsgrund', *VersR* 1993, p. 1041-1046
- Deutsch 1995
E. Deutsch, *Allgemeines Haftungsrecht*, Köln: Carl Heymanns Verlag 1995
- Deutsch 1999
E. Deutsch, 'Zurechnungszusammenhang, Rechtswidrigkeit und Verschulden', in: *Festschrift für Medicus: zum 70. Geburtstag*, Köln: Carl Heymanns Verlag 1999, p. 77-88
- Diephuis 1886
G. Diephuis, *Het Nederlandsch Burgerlijk Regt, tiende deel*, Groningen: J.B. Wolters 1886
- Diephuis 1888
G. Diephuis, *Het Nederlandsch Burgerlijk Regt, elfde deel*, Groningen: J.B. Wolters 1888
- Dijkshoorn 2011a
W. Dijkshoorn, *Planschaderecht en privaatrechtelijk schadevergoedingsrecht* (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers
- Dijkshoorn 2011b
W. Dijkshoorn, 'De leer van de redelijke toerekening: back to the eighties', *AV&S*, p. 257-268
- Van Dongen 2016
S. van Dongen, *Groepen van contracten* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2016

Dooyeweerd 1928

H. Dooyeweerd, *Het juridische causaliteitsprobleem in het licht der wetsidee*, Den Haag: Dr. Abraham Kuiperstichting 1928

Dooyeweerd 1950

H. Dooyeweerd, *De modale structuur van het juridisch oorzakelijkheidsverband*, Amsterdam: N.V. Noord-Hollandse Uitgeversmaatschappij 1950

Dorhout Mees 1963

T.J. Dorhout Mees, 'Prof. Mr. H. K. KÖSTER, Causaliteit en Voorzienbaarheid', *RM Themis* 1963, p. 554-557

Dorhout Mees 1971

T.J. Dorhout Mees, *Kort begrip van het Nederlands handels- en faillissementsrecht*, Haarlem: De erven F. Bohn N.V. 1971

Drion 1947

J. Drion, 'Een nieuwe koers in 's Hoogen Raads jurisprudentie over de onrechtmatige daad', *WPNR* 1947 (3992 t/m 3996), p. 245-248, 253-256, 261-265, 269-271, 277-280

Drion 1963

J. Drion, 'Aanvaring en 'eigen schuld'', *WPNR* 1963 (4784 t/m 4787), p. 425-427, 437-439, 449-453, 461-478

Drion 1968

J. Drion, *Verzamelde Geschriften van J. Drion*, Deventer: Kluwer 1968

Drion 1987

H. Drion, 'Vijftien jaar causaliteitsrechtspraak van de Hoge Raad der Nederlanden', *VR* 1987, p. 29-32

Drion 2007

C. Drion, 'Op de grenzen van het recht', *NJB* 2007, p. 1395

Van Dunné 1971

J.M. van Dunné, *Normatieve uitleg van rechtshandelingen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1971

Van Dunné 2004

J.M. van Dunné, *Verbintenissenrecht deel 2*, Deventer: Kluwer 2004

Van Dunné 2007

J.M. van Dunné, 'De herfsttij der relativiteitsleer', *TMA* 2007, p. 123-143

Duyvensz 2010

J.H. Duyvensz, 'Vergoedbaarheid van transactieschade op grond van onrechtmatige daad', *WPNR* 2010 (6855), p. 659-665

Van Eck 1947

D. van Eck, *Causaliteit en aansprakelijkheid voor gevolgen in het strafrecht, Deel I, Het causaliteitsprobleem in het strafrecht* (diss. Nijmegen), Nijmegen: Dekker & Van de Vegt N.V. 1947

Eggens 1923

J. Eggens, 'Iets over den samenhang van verbintenissen uit onrechtmatige daad met die uit andere oorzaak', *WPNR* 1923 (2784-2785), p. 237-240, 249-252; ook gepubliceerd in H.C.F. Schoordijk en J.M. Smits (red.), *Eggens bundel*, Overveen: Uitgeverij Belvédère 1998, p. 76-89

Eggens 1950

J. Eggens, 'De bronnen van verbintenis', *WPNR* 1950 (4158-4160), p. 441-443, 453-457, 465-468; ook gepubliceerd in H.C.F. Schoordijk en J.M. Smits (red.), *Eggens bundel*, Overveen: Uitgeverij Belvédère 1998, p. 362-373

Ehrenzweig 1920

A. Ehrenzweig, *System des allgemeinen österreichischen Privatrechts: Das Recht der Schuldverhältnisse*, Wien: Manz, 1920

Ehring 2009

D. Ehring, 'Causal Relata', in: H. Beebee, C. Hitchcock en P. Menzies (red.), *The Oxford Handbook of Causation*, Oxford: Oxford University Press 2009, p. 397-413

Van Eikema Hommes 1965

H.J. van Eikema Hommes, 'Enige beschouwingen over juridische causaliteit, toerekening, recht- en onrechtmatigheid, schuld en risico', *RM Themis* 1965, p. 5-39, 159-230

Van Eikema Hommes 1968

H.J. van Eikema Hommes, 'De grondslagen der schade-aansprakelijkheid buiten contract en de leer der redelijke toerekening', *WPNR* 1968 (5001 t/m 5003), p. 293-295, 305-309, 317-321

Van Eikema Hommes 1972

H.J. van Eikema Hommes, *De elementaire grondbegrippen der rechtswetenschap*, Deventer: Kluwer 1972

Van Eikema Hommes 1975

H.J. van Eikema Hommes, 'Juridische causaliteit, redelijke toerekening en enige nieuwere rechtspraak van de H.R.', in: M. Ancel e.a., *'t Exempel dwinght: Opstellen aangeboden door vrienden en vereerders aan Prof. mr. I. Kisch ter gelegenheid van zijn 70ste verjaardag*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Wilink 1975, p. 91-120

Engelhard & Van Maanen 2008

E.F.D. Engelhard & G.E. van Maanen, *Aansprakelijkheid voor schade: contractueel en buitencontractueel* (Mon BW, A15), Deventer: Kluwer 2008

Enneccerus/Lehmann 1958

H. Lehman, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts/Recht der Schuldverhältnisse*, Tübingen: Mohr 1958

Epstein 1979

R.A. Epstein, 'A Theory of Strict Liability', *J. Legal Stud.* 1973, p. 151-204

Epstein 1989

R.A. Epstein, 'Beyond Foreseeability: Consequential Damages in the Law of Contract', *J. Legal Stud.* 1989, p. 105-138.

Epstein 2010

R.A. Epstein, 'Toward a General Theory of Tort Law: Strict Liability in Context', *New York University Law and Economics Working Papers*. Paper 247

Esser 1970

J. Esser, *Schuldrecht, Band I Allgemeiner Teil*, Karlsruhe: Verlag C.F. Müller 1970

Ferrari 2008

F. Ferrari, 'Hadley v Baxendale v Foreseeability under Article 74 CISG', in: D. Saidov en R. Cunningham (red), *Contract Damages*, Oxford: Hart Publishing 2008, p. 305-328

Finnis 1995

J. Finnis, 'Intention in Tort Law', in: D.G. Owen (red.), *Philosophical Foundations of Tort Law*, Oxford: Oxford University Press 1995, p. 229-248

Fleming 1977

J.G. Fleming, *The Law of Torts*, Sydney: Law Book Company 1977

Fleming 1995

J.G. Fleming, 'Tort in a Contractual Matrix', *Osgoode Hall L.J.* 1995, p. 661-678

Fleuren 2008

J.W.A. Fleuren, 'Rechtswetenschap en rationele reconstructie. Een bijdrage aan het debat over de methoden van rechtsgeleerd onderzoek', in: Y. Buruma e.a., *Op het rechte pad. Liber amicorum P.J.P. Tak*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008, p. 25-46

Franken 2013

A.C.H. Franken, 'Over de onwenselijkheid van abstracte schadeberekening', in: S.D. Lindenbergh en A.C.H. Franken, *Abstracte schadeberekening*, Deventer: Kluwer 2013, p. 33-63

Frenk 1992

N. Frenk, 'Welke belangen beoogt artikel 1401 BW (6:162 NBW) te beschermen?', *WPNR* 1992 (6037), p. 136-141

Frenk & Messer 1993

N. Frenk & E.A. Messer, 'Art. 47 lid 5 jo. Art. V Wet bodembescherming: 'Much ado about nothing?''', *NJB* 1993, p. 45-49

Friedmann 1995

D. Friedmann, 'The Performance Interest in Contract Damages', *LQR* 1995, p. 629-654

Friedmann 2005

D. Friedmann, 'Rights and Remedies' in: N. Cohen & E. McKendrick, *Comparative Remedies for Breach of Contract*, Oxford: Hart Publishing 2005, p. 249-286

Friese 1986

U. Friese, *Haftungsbegrenzung für Folgeschäden aus unerlaubter Handlung, insbesondere bei § 823 Abs. 1 BGB* (diss. Erlangen-Nürnberg), Erlangen-Nürnberg: 1986

Fruytier 2016

P.A. Fruytier, 'Aansprakelijkheid van medebezitters: een beschouwing van de Hangmat-jurisprudentie en een onderzoek naar haar reikwijdte', *MvV* 2016, p. 152-158

Fuchs & Pauker 2012

M. Fuchs & W. Pauker, *Delikts- und Schadensersatzrecht*, Heidelberg: Springer 2012

Fuller & Perdue 1936/1937

L.L. Fuller & W.R. Perdue, 'The Reliance Interest in Contract Damages', *Yale L.J.* 1936, p. 52-96, *Yale L.J.* 1937, p. 373-420

- Van Geleïn Vitringa 1919
 J. van Geleïn Vitringa, 'Openbaarheid van den weg en burgerlijk recht', *Rechtsgeleerd Magazijn* 1919, p. 23-50
- Van Gerwen e.a. 2000
 W. van Gerwen, J. Lever & P. Larouche, *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Tort Law*, Oxford: Hart Publishing 2000
- Giesen 2002
 I. Giesen, 'De 'achterblijvers' van de rechtsontwikkeling: over verouderde rechtspraak en hoe er weer vanaf te komen', *WPNR* 2002 (6494), p. 447-453
- Giesen 2005
 I. Giesen, *Toezicht en aansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2005
- Giesen 2008
 I. Giesen, 'Causaliteit en toerekening naar redelijkheid: geduld is en blijft, een schone zaak...', *WPNR* 2008 (6762), p. 563-565
- Giesen 2015
 I. Giesen, 'Aansprakelijkheid na de schietpartij in Alphen aan den Rijn: hoe onbegrijpelijk kan rechtspraak – en het relativiteitsvereiste – zijn?', *WPNR* 2015 (7055), p. 277-279
- Gilmore 1961
 G. Gilmore, 'Legal Realism: its cause and cure', *Yale L.J.* 1961, p. 1037-1048
- Gilmore 1974
 G. Gilmore, *The Death of Contract*, Columbus: The Ohio State University Press 1974
- Gordley 1991
 J. Gordley, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Oxford: Oxford University Press 1991
- Gordley 2006
 J. Gordley, *Foundations of private law*, Oxford: Oxford University Press 2006
- Götzler 1977
 M. Götzler, *Rechtmäßiges Alternativverhalten im haftungsbegründenden Zurechnungszusammenhang* (diss. München), München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung 1977
- Green 1927a
 L. Green, *Rationale of Proximate Cause*, Kansas City: Vernon Law Book Company 1927
- Green 1927b
 L. Green, 'Contributory Negligence and Proximate Cause', *N.C. L. Rev.* 1927, p. 3-33
- Green 1962a
 L. Green, 'The Causal Relation Issue in Negligence Law', *Mich. L. Rev.* 1962, p. 543-576
- Green 1962b
 L. Green, 'Duties, Risks, Causation Doctrines', *Texas L. Rev.* 1962, p. 42-74
- Green 1972
 L. Green, 'Identification of Issues in Negligence Cases', *Sw. L. Rev.* 1972, p. 811-829

Grechenig & Stremitzer 2009

K. Grechenig & A. Stremitzer, 'Der Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens – Rechtsvergleich, Ökonomische Analyse und Implikationen für die Proportionalhaftung', *RabelsZ* 2009, p. 336-371

Van der Grinten 1939

W.C.L. van der Grinten, 'Onrechtmatige daad en schade', *NJB* 1939, p. 159-168, 178-189

Van der Grinten 1993

W.C.L. van der Grinten, 'Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Verbintenissenrecht deel I, De Verbintenis in het algemeen, bewerkt door mr. A.S. Hartkamp', *RM Themis* 1993, p. 453-459

Groen 1977

H.A. Groen, *Overheidsvergunning en onrechtmatige daad* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1977

De Groot 1980

G.R.J. de Groot, 'Grenzen aan de mogelijkheden van een abstracte schadeberekening?', *VR* 1980, p. 49-58

Grundmann-van de Krol 2012

C.M. Grundmann-van de Krol, *Koersen door de Wet op het financieel toezicht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012

Haas 2009

D. Haas, *De grenzen van het recht op nakoming* (diss. Amsterdam, VU), Deventer: Kluwer 2009

Haazen 2009

I. Haazen, 'Schade in een niet-rechtmatig belang', *WPNR* 2009 (6816), p. 827-836

Haazen 2015

I. Haazen, 'Bewuste roekeloosheid in het verkeersaansprakelijkheidsrecht', *VR* 2015, p. 318-328

Hanau 1971

P. Hanau, *Die Kausalität der Pflichtwidrigkeit* (Hab. Göttingen), Göttingen: Verlag Otto Schwartz & Co. 1971

Harder 2010

S. Harder, *Measuring Damages in the Law of Obligations; The Search for Harmonised Principles*, Oxford: Hart Publishing 2010

Hart & Honoré 1985

H.L.A. Hart & T.M. Honoré, *Causation in the law*, Oxford: Oxford University Press 1985

Hartkamp 1991

A.S. Hartkamp, 'De functie van het vertrouwen bij het ontstaan van verbintenissen', *WPNR* 1991 (6024), p. 747-752

Hartkamp 2002

A.S. Hartkamp, 'Enkele opmerkingen over 'onderbroken' causaliteit', in: J. Spier en W.A.M. van Schendel (red.), *Schadevergoeding: Een eeuw later*, Deventer: Kluwer 2002, p. 63-66

Hartlief 1995

T. Hartlief, 'Causaliteit. Over grenzen aan de toerekening bij letselschade', in: L.G. Eykman e.a., *Bijzonder Letsel*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1995, p. 27-49

Hartlief 1997

T. Hartlief, *Ieder draagt zijn eigen schade* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 1997

Hartlief 2002

T. Hartlief, 'Open normen in het schadevergoedingsrecht: de artikelen 6:98, 99 en 101 BW', *WPNR* 2002 (6472), p. 8-19

Hartlief 2004

T. Hartlief, 'Keuzevrijheid in het personenschaderecht', *NJB* 2004, p. 1832-1939

Hartlief 2006

T. Hartlief, 'Wie heeft er recht op vergoeding van personenschade', *TvP* 2006, p. 98-104

Hartlief 2011

T. Hartlief, 'Gezichtspunten, vingerwijzingen en vuistregels. Kan het anders?', *NTBR* 2011, p. 25-28

Hartlief 2014

T. Hartlief, 'Een vak apart', *NJB* 2014, p. 2917

Hartlief e.a. 2018

T. Hartlief, A.L.M. Keirse, S.D. Lindenbergh en R.D. Vriesendorp, *Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding*, Deventer: Kluwer 2018

Hegan 2007

N. Hegan, 'SAAMCO, The Scope of the Duty and Liability for Consequences', *VUWLR*, p. 465-487

Hesselink 2013

M.W. Hesselink, 'Verbindende kracht van overeenkomsten, contractsvrijheid en autonomie', in: G. van Dijck, R. van Gestel, F. Hammerstein en I. Giesen (red.), *Cirkels, een terugblik op een vooruitziende blik*, Deventer: Kluwer 2013, p. 69-74

Hijma 2002

J. Hijma, 'Factoren binnen de toerekening naar redelijkheid', in: J. Spier en W.A.M. van Schendel (red.), *Schadevergoeding: Een eeuw later*, Deventer: Kluwer 2002, p. 79-81

Hijma & Olthof 2017

J. Hijma en M.M. Olthof, *Compendium van het Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2017

Hodgson 2011

D.C. Hodgson, *Intervening Causation Law*, Saarbrücken: LAP Lambert Academic Publishing 2011

Hofmann/Drion & Wiersma 1959

H. Drion & K. Wiersma, *Het Nederlands Verbintenissenrecht, de algemene leer van de verbintenissen, tweede gedeelte*, Groningen: J.B. Wolters 1959

Hofmann/Van Opstall 1959

S.N. van Opstall, *Het Nederlands Verbintenissenrecht, de algemene leer van de verbintenissen, eerste gedeelte*, Groningen: J.B. Wolters 1959

Hofmann/Van Opstall 1976

S.N. van Opstall, *Het Nederlands Verbintenissenrecht, de algemene leer van de verbintenissen, eerste gedeelte*, Groningen: H.D. Tjeenk Willink B.V. 1976

Den Hollander 2016

P.W. den Hollander, *De relativiteit van wettelijke normen* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2016

Holthuijsen-van der Kop 2015

C.C.H.A. Holthuijsen-van der Kop, 'De redelijke toerekening en de deelregels anno 2015: een update', *WPNR* 2015 (7065), p. 520-527

Honoré 1964

T.M. Honoré, 'Legal Cause in the Law of Torts. By Robert E. Keeton', *Harv. L. Rev.* 1964, p. 595-601

Honoré 1983

T.M. Honoré, 'Causation and Remoteness of Damage', in: A. Tunc (red), *International Encyclopedia of Comparative Law, Volume XI, Torts*, Tübingen: J.C.B. Mohr 1983, p. (7-)1-(7-)203

Honoré 1995

T.M. Honoré, 'Necessary and Sufficient Conditions in Tort Law' in: D.G. Owen (red.), *Philosophical Foundations of Tort Law*, Oxford: Oxford University Press 1995, p. 363-385

Honoré 1999

T.M. Honoré 1999, *Responsibility and Fault*, Oxford: Hart Publishing 1999

Hübner 2004

C. Hübner, *Die Entwicklung der objektiven Zurechnung* (diss. Berlijn, Freien Universität), Berlijn: Duncker & Humblot 2006

De Hullu 2015

J. de Hullu, *Materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2015

Jansen 2006a

K.J.O. Jansen, *Het kennisvereiste bij gevaarzetting*, Den Haag: Jongbloed 2006

Jansen 2006b

K.J.O. Jansen, 'Wat niet weet, wat niet deert?', *RM Themis* 2006, p. 54-63

Jansen 2007

K.J.O. Jansen, 'Het subjectieve element van de onrechtmatigheid. Over de structuur van art. 6:162 BW', *NTBR* 2007, p. 222-228

Jansen 2012

K.J.O. Jansen, *Informatieplichten* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2012

Jansen 2015

C.J.H. Jansen, *De wetenschappelijke beoefening van het burgerlijke recht in de lange 19e eeuw*, Deventer: Wolters Kluwer 2015

Janssen 2009

J.F.M. Janssen, 'Oorzaak, schade en risico' in: A.G. Castermans e.a. (red.), *Ex libris Hans Nieuwenhuis*, Deventer: Kluwer 2009, p. 543-556

- Keeton 1963
R.E. Keeton, *Legal Cause in the Law of Torts*, Columbus: Ohio State University Press 1963
- Keirse 2003
A.L.M. Keirse, *Schadebeperkingsplicht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2003
- Keirse 2009
A.L.M. Keirse, 'The tortfeasor takes his victim as he finds him', in: T. Hartlief en S.D. Lindenberg, *Tien pennestreken over personenschade*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2009, p. 107-125
- Keirse & Jongeneel 2013
A.L.M. Keirse & R.H.C. Jongeneel, *Eigen schuld en mede-aansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2013
- Keirse & Pajmans 2017
A.L.M. Keirse & B.M. Pajmans, 'In pari delicto; als de pot de ketel verwijt', *MvV* 2017, p. 207-219
- Kelley 2001
P.J. Kelley, 'Restating Duty, Breach, and Proximate Cause in Negligence Law: Descriptive Theory and the Rule of Law', *Vand. L. Rev.* 2001, p. 1039-1070
- Kerkmeester & Visscher 1999
H.O. Kerkmeester & L.T. Visscher, 'Causaal verband tussen onrechtmatige daad en schade: een nieuw pleidooi voor de leer van Demogue-Besier', *WPNR* 1999 (6378), p. 835-840
- Klaassen 1991
C.J.M. Klaassen, *Risico-aansprakelijkheid* (diss. Nijmegen), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991
- Klaassen 1994
C.J.M. Klaassen, 'G.H. Lankhorst, De relativiteit van de onrechtmatig daad. Proefschrift.', *WPNR* 1994 (6123), p. 99-102
- Klaassen 1996
C.J.M. Klaassen, 'Mr C.H.W.M. Sterk, Verhoogd gevaar in het aansprakelijkheidsrecht. Proefschrift: KUB, 1994', *WPNR* 1996 (6217), p. 228-231
- Klaassen 1997
C.J.M. Klaassen, 'Risico-aansprakelijkheid als eigen schuld: heroverweging van heersende leer?', in: *Eigen schuld bij onrechtmatige daad*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1997, p. 61-69
- Klaassen 2007
C.J.M. Klaassen, *Schadevergoeding: algemeen, deel 2* (Mon. BW, B35), Deventer: Kluwer 2007
- Klaassen 2017
C.J.M. Klaassen, *Schadevergoeding: algemeen, deel 2* (Mon. BW, B35), Deventer: Kluwer 2017
- Klosse 1993
S. Klosse, 'Bedrijfsongevallen en beroepsziekten: individuele of collectieve verantwoordelijkheid', *NJB* 1993, p. 1608-1613

Van Kogelenberg 2013

M. van Kogelenberg, *Motive Matters! An exploration of the notion 'deliberate breach of contract' and its consequences for the application of remedies* (diss. Rotterdam), Cambridge: Intersentia Publishing 2013

Kohn 1961

A.C. Kohn, 'The Test of Factual Causation in Negligence and Strict Liability Cases, Arno C. Becht & Frank W. Miller', *Wash. U. L. Q.* 1961, p. 453-461

De Kok 1965

H.G.F.M. de Kok, *Het regres* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1965

Kooper 2005

R. Kooper, 'Reactie op het artikel van C.N.J. Kortmann, 'Pandora revisited. Twee principiële Afdelingsuitspraken over causaal verband bij vernietigde besluiten', *Gst.* 2005, p. 363-364

Koopmans 1982

T. Koopmans, 'Gelijke en ongelijke gevallen', in: A.W. Heringa, R.E. de Winter en W.J. Witteveen (red.), *Staatkundig Jaarboek 1982-1983*, Leiden: 1982, p. 147-158

Kortmann 2002

C.N.J. Kortmann, 'Schade na vernietiging en verlengde besluitvorming: een doos van pandora', *NTB* 2002, p. 98-106

Kortmann 2005

C.N.J. Kortmann, 'Pandora revisited. Twee principiële Afdelingsuitspraken over causaal verband bij vernietigde besluiten', *Gst.* 2005, p. 257-267

Kortmann 2012

C.N.J. Kortmann, 'Causaliteit bij vernietigde of herroepen besluiten', *O&A* 2012, p. 189-198

Kortmann 2015

C.N.J. Kortmann, 'De relativiteitseis bij gebrekkige vergunningverlening', *NTBR* 2015, p. 144-155

Köster 1963

H.K. Köster, *Causaliteit en voorzienbaarheid* (oratie Amsterdam, UvA), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1963

Kottenhagen 1991

R.J.P. Kottenhagen, 'Buiten-contractuele aansprakelijkheid voor economische schade', *BR* 1991, p. 339-359

Kottenhagen 1992

R.J.P. Kottenhagen, 'Over bris de cables, kabelbruchfälle en cable cases', *BR* 1992, p. 653-672

Kötz & Wagner 2013

H. Kötz & G. Wagner, *Deliktsrecht*, München: Verlag Franz Vahlen 2013

Koziol 1999

H. Koziol, 'Rechtmäßiges Alternativverhalten – Auflockerung starrer Lösungsansätze', in A.J. Ahrens e.a., *Festschrift für Erwin Deutsch: Zum 70. Geburtstag*, Köln: Carl Heymanns Verlag 1999, p. 179-187

Koziol 2006

H. Koziol, 'Recovery for Economic Loss in the European Union', *Ariz. L. Rev.* 2006, p. 871-895

- Koziol 2007
H. Koziol, 'Wegdenken und Hinzudenken bei der Kausalitätsprüfung', *RdW* 2007, p. 12-13
- Koziol 2012
H. Koziol, *Basic Questions of Tort Law From a Germanic Perspective*, Wenen: Jan Sramek Verlag 2012
- Koziol e.a. 2014
H. Koziol e.a., *Grundfragen des Schadenersatzrechts aus rechtsvergleichender Sicht*, Wenen: Jan Sramek Verlag 2014
- Van Kralingen 2013
H.J. van Kralingen, 'Justinianus' valbijl, de duplum-regel van C. 7,47', *AA* 2013, p. 399-408
- Kramer 1976
A.E. Kramer, 'Schutzgesetze und adäquate Kausalität', *JZ* 1976, p. 338-346
- Kramer 2003
A. Kramer, 'Proximity as principles: Directness, community norms and the tort of negligence', *Tort L. Rev.* 2003, p. 70-103
- Kramer 2005
A. Kramer, 'An Agreement-Centered Approach to Remoteness and Contract Damages' in: N. Cohen & E. McKendrick (red.), *Comparative Remedies for Breach of Contract*, Oxford: Hart Publishing 2005, p. 249-286
- Kramer 2008
A. Kramer, 'Remoteness: New Problems with the Old Test' in: D. Saidov & R. Cunnington, *Contract damages*, Oxford: Hart Publishing 2008, p. 277-304
- Kramer 2009
A. Kramer, 'The New Test of Remoteness in Contract', *LQR* 2009, p. 408-415
- Kramer 2017
A. Kramer, *The Law of Contract Damages*, Oxford: Hart Publishing 2017
- Krans 1999
H.B. Krans, *Schadevergoeding bij wanprestatie* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1999
- Von Kries 1888
J. von Kries, 'Über die Begriffe der Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit und ihre Bedeutung im Strafrecht', *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 1888, p. 528-537
- Von Kries 1889
J. von Kries, 'Ueber den Begriff der objectiven Möglichkeit und einige Anwendungen desselben', in: *Vierteljahresschrift für wissenschaftliche Philosophie* (band XII), Leipzig: Fues's Verlag, p. 12-240, 287-323, 393-428
- Kroeze 1997
M.J. Kroeze, 'Schade aan aandelen', *WPNR* 1997 (6288), p. 720-726
- Kroeze 2004
M.J. Kroeze, *Afgeleide schade en afgeleide actie* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2004

Kroeze 2012

M.J. Kroeze, 'Rechtspersoonlijkheid en afgeleide schade', in: G. van Solinge e.a., *Relativering van rechtspersoonlijkheid*, Deventer: Kluwer 2012, p. 29-42

Van Laarhoven 2000

M.J. van Laarhoven, 'C.E. du Perron, Overeenkomst en derden, Een analyse van de relativiteit van de contractswerking', *NTBR* 2000, p. 400-406

Van Laarhoven 2006

M.J. van Laarhoven, *Samenhang in rechtsverhoudingen* (diss. Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006

Land 1892

N.K.F. Land, *Verklaring van het Burgerlijk Wetboek, derde deel, eerste stuk*, Haarlem: de Erven F. Bohn 1892

Lange 1957

H. Lange, 'Herrschaft und Verfall der Lehre vom adäquaten Kausalzusammenhang', *AcP* 1957, p. 114-136

Lange 1960

H. Lange, *Empfiehl es sich, die Haftung für schuldhaft verursachte Schäden zu begrenzen? Kann für den Umfang der Schadensersatzpflicht auf die Schwere des Verschuldens und die Tragweite der verletzten Norm abgestellt werden?*, Tübingen: J.C.B. Mohr 1960

Lange 1976

H. Lange, 'Adäquanztheorie, Rechtswidrigkeitszusammenhang, Schutzzwecklehre und selbständige Zurechnungsmomente', *JZ* 1976, p. 198-207

Lange & Schieman 2003

H. Lange & G. Schieman, *Handbuch des Schuldrechts in Einzeldarstellungen: Schadensersatz*, Tübingen: Mohr Siebeck 2003

Langemeijer 1934

G.E. Langemeijer, 'Onrechtmatige daad en concurrentiestrijd', *NJB* 1934, p. 617-622

Langemeijer 1940a

G.E. Langemeijer, 'De practische beteekenis van de relativiteit der onrechtmatige daad' (deel I en II), *NJB* 1940, p. 385-396, 413-425

Langemeijer 1940b

G.E. Langemeijer, 'Beginsel en terminologie in de leer de onrechtmatige daad', *NJB* 1940, p. 533-546

Langemeijer 1981

G.E. Langemeijer, 'Causaliteit und kein Ende', in: P. Tuit e.a. (red.), *Gratia Commercii* (Van Oven-bundel), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1981, p. 115-120

Lankhorst 1992a

G.H. Lankhorst, *De relativiteit van de onrechtmatige daad* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1992

Lankhorst 1992b

G.H. Lankhorst, 'De relativiteit van de overeenkomst' in: C.J.J.M. Stolker en W.J. Valk (red.), *Als een goed huisvader: opstellen aangeboden aan J.H. Nieuwenhuis*, Deventer: Kluwer 1992, p. 87-98.

- Lankhorst 1995
G.H. Lankhorst, 'De relativiteit van de onrechtmatige daad', *NTBR* 1995, p. 105-107
- Lankhorst 2007
G.H. Lankhorst, 'Principles of European Tort Law: art. 3:201 – scope of liability', *AV&S* 2007, p. 209-214
- Lindenbergh 1998
S.D. Lindenbergh, *Smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998
- Lindenbergh 2006a
S.D. Lindenbergh, 'Kosten bij verhaal krachtens subrogatie', in: Van Tiggele-van der Velde e.a. (red.), *De Wansink-bundel Van draden en daden*, Deventer: Kluwer 2006, p. 321-330
- Lindenbergh 2006b
S.D. Lindenbergh, 'Verzorging en huishoudelijke hulp, onzichtbare schade op een lastig kruisvlak', *TVP* 2006, p. 105-110
- Lindenbergh 2007a
S.D. Lindenbergh, *Alles is betrekkelijk: over de verhouding tussen norm-schending en sanctie in het aansprakelijkheidsrecht* (oratie Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007
- Lindenbergh 2007b
S.D. Lindenbergh, 'De relativiteit van de toelating als vluchteling', *AA* 2007, p. 777-784
- Lindenbergh 2008
S.D. Lindenbergh, 'De betrekkelijkheid van de geschonden norm', *TPR* 2008, p. 907-911
- Lindenbergh 2009
S.D. Lindenbergh, 'Ore Stabit', in: A.G. Castermans e.a. (red.), *Ex libris Hans Nieuwenhuis*, Deventer: Kluwer 2009, p. 573-581
- Lindenbergh 2011
S.D. Lindenbergh, 'Een puzzeltje voor onder de kerstboom', *AV&S* 2011, p. 255-256
- Lindenbergh 2013
S.D. Lindenbergh, 'Abstracties bij vaststelling van schade', in: S.D. Lindenbergh en A.C.H. Franken, *Abstracte schadeberekening*, Deventer: Kluwer 2013, p. 1-31
- Lindenbergh 2014
S.D. Lindenbergh, *Schadevergoeding: algemeen, deel 1* (Mon. BW, B34), Deventer: Kluwer 2014
- Lindenbergh & Van der Zalm 2015
S.D. Lindenbergh & I. van der Zalm, *Schadevergoeding: personenschade* (Mon. BW, B37), Deventer: Wolters Kluwer
- Looschelders 1999
D. Looschelders, *Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht* (Hab. Mannheim), Tübingen: Mohr Siebeck 1999
- Looschelders 2013
D. Looschelders, *Schuldrecht, Allgemeiner Teil*, München: Verlag Franz Vahlen 2013

Lorenz 1999

E. Lorenz, 'Grundsatz und Grenzen der Folgenrechnung im Schadensersatzrecht', in: A.J. Ahrens e.a., *Festschrift für Erwin Deutsch: Zum 70. Geburtstag*, Köln: Carl Heymanns Verlag 1999, p. 251-269

Loth 1988

M.A. Loth, *Handeling en aansprakelijkheid in het recht* (diss. Leiden), Arnhem: Gouda Quint 1988

Lucy 2007

W. Lucy, *Philosophy of Private Law*, Oxford: Oxford University Press 2007

Van Maanen 1984

G.E. van Maanen, 'Relativiteit bij onrechtmatige daad', *Kwartaalbericht Nieuw BW* 1984, p. 75-77

Van Maanen 1985

G.E. van Maanen, 'J. van Schellen; Toerekening naar redelijkheid naar huidig en komend recht', *Kwartaalbericht Nieuw BW* 1985, p. 86-90

Van Maanen 1986a

G.E. van Maanen, 'Antwoord aan Prof. mr. J. van Schellen', *Kwartaalbericht Nieuw BW* 1986, p. 29

Van Maanen 1986b

G.E. van Maanen, *Onrechtmatige daad* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1986

Van Maanen 1997

G.E. van Maanen, 'De relativiteit als onlosmakelijk bestanddeel van de onrechtmatigheidsvraag', in: J. ten Kate e.a. (red), *Miscellanea jurisconsulto vero dedicate; Bundel opstellen aangeboden aan prof. mr. J.M. van Dunné*, Deventer: Kluwer 1997, p. 255-272

Van Maanen 2000

G.E. van Maanen, 'Laveren tussen de Scylla van Poot/ABP en de Charibdis van Kip Sloetjes/Rabobank: de gedupeerde melkboeren van Heino Krause', *WPNR* 2000 (6422), p. 797-799

Van Maanen 2004

G.E. van Maanen, 'Schadevergoeding en besluiten', *JBplus-special* 2004, p. 40-60

Van Maanen 2013

G.E. van Maanen, 'Relativiteit. Het geheime wapen van de rechter', *AA* 2013, p. 153-159

Mackie 1973

J.L. Mackie, *The Cement of the Universe, A Study in Causation*, Oxford: Oxford University Press 1973

Mädrich 1980

M. Mädrich, *Das allgemeine Lebensrisiko*, Berlijn: Duncker & Humblot 1980

Maeijer 1962

J.M.M. Maeijer, *Matiging van schadevergoeding* (diss. Nijmegen), Nijmegen: Dekker & Van de Vegt N.V. 1962

Malone 1956

W.S. Malone, 'Ruminations on Cause-In-Fact', *Stan. L. Rev.* 1956, p. 60-99

- Markesinis 1987
 B. Markesinis, 'An Expanding Tort Law – The Price of a Rigid Contract Law', *LQR* 1987, p. 354-397
- Markesinis & Unberath 2002
 B. Markesinis & H. Unberath, *The German Law of Torts*, Oxford: Hart Publishing 2002
- Markesinis, Unberath & Johnston 2006
 B. Markesinis, H. Unberath & A. Johnston, *The German Law of Contract*, Oxford: Hart Publishing 2006
- McGregor/Edelman 2018
 J. Edelman, *McGregor on Damages*, Londen: Sweet & Maxwell 2018
- Medicus 1962
 D. Medicus, *Id Quod Interest* (Hab. Hamburg), Köln: Druckhaus Deutz 1962
- Meijer 1999
 S.Y.T. Meijer, *Middellijke vertegenwoordiging* (diss. Amsterdam, VU), Deventer: Kluwer 1999
- Meijers 1935/36
 E.M. Meijers, 'De beteekenis der elementen "waarschijnlijkheid" en "schuld" voor de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad', *WPNR* 1935 (3442 t/m 3444), p. 551-555, 567-571, 579-582, *WPNR* 1936 (3445) p. 1-6
- Meijers 1948
 E.M. Meijers, *Algemene Leer van het Burgerlijk Recht, Deel I, De Algemene Begrippen van het Burgerlijk Recht*, Leiden: Universitaire Pers Leiden 1948
- Michalski 1996
 L. Michalski, 'Haftungsbeschränkung durch den Schutzzweck der Norm', *Jura* 1996, p. 393-396
- Mill 1858
 J.S. Mill, *System of Logic*, New York: Harper & Brothers 1858
- Moore 1997
 M.S. Moore, *Placing Blame*, Oxford: Oxford University Press 1997
- Moore 2009
 M.S. Moore, *Causation and Responsibility*, Oxford: Oxford University Press 2009
- Moore 2013a
 M.S. Moore, 'Further thoughts on Causation (and Related topics) Prompted by Fifteen Critics', in: B. Kahmen en M. Stepanians (red.), *Critical Essays on "Causation and Responsibility"*, Berlijn: De Gruyter 2013, p. 333-416
- Moore 2013b
 M.S. Moore, 'The specialness of the general part of the criminal law', in: D.J. Baker & J. Horder (red.), *The Sanctity of Life and The Criminal Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2013, p. 69-105
- Du Moulin 1574
 C. Du Moulin, *Tractatus de eo quod interest*, Venetiae 1574
- Mulder 1988
 S.J.A. Mulder, *Subrogatie* (diss. Leiden), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988

Neleman 1966

P. Neleman, 'Toerekening van andermans schuld als eigen schuld van de benadeelde', *VA* 1966, p. 119-151

Neleman 1987

P. Neleman, 'Toerekening van schade', in: A.G. Castermans e.a. (red.), *Schadeverhaal*, *BWKJ* 1987, Leiden: Rijksuniversiteit Leiden 1987, p. 43-53

Nieskens-Ispording 1991

B.W.M. Nieskens-Ispording, *Het fait accompli in het vermogensrecht* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 1991

Nieskens-Ispording 1996

B.W.M. Nieskens-Ispording, 'In beginsel draagt ieder de schade die hij heeft veroorzaakt. Een nieuw adagium voor de eenentwintigste eeuw', in: R. van den Berg, O. E. Tellegen-Couperus en W.J. Witteveen (red.), *Tussen recht en geschiedenis*, Tilburg: Tilburg University Press 1996, p. 209-219

Nieuwenhuis 1979

J.H. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1979

Nieuwenhuis 1982

J.H. Nieuwenhuis, 'Privaatrecht in de jaren zeventig: de jaren van het voorspel', *NJB* 1982, p. 477-484

Nieuwenhuis 1983

J.H. Nieuwenhuis, 'De grenzen van de aansprakelijkheid voor gebrekkige zaken', *WPNR* 1983 (5666), p. 581-590

Nieuwenhuis 1985

J.H. Nieuwenhuis, 'De verstekeling', *AA* 1985, p. 88-93

Nieuwenhuis 1986

J.H. Nieuwenhuis, 'Nieuws over de aansprakelijkheid voor gebrekkige zaken en producten', *WPNR* 1986 (5771), p. 97-100

Nieuwenhuis 1987a

J.H. Nieuwenhuis, 'Tweelei rechtstechniek' in: F.A.M. Alting von Geusau, *Ex Iure*, Arnhem: Gouda Quint, p. 131-139

Nieuwenhuis 1987b

J.H. Nieuwenhuis, 'Welke belangen worden beschermd door art. 1401 BW?', *WPNR* 1987 (5821), p. 145-149

Nieuwenhuis 1988a

J.H. Nieuwenhuis, 'Ieder het zijne', *RM Themis* 1988, p. 73-84

Nieuwenhuis 1988b

J.H. Nieuwenhuis 'Pleidooi voor een dogmatische rechtswetenschap', *RM Themis* 1988, p. 1-2

Nieuwenhuis 1997a

J.H. Nieuwenhuis, *Confrontatie & Compromis*, Deventer: Kluwer 1997

Nieuwenhuis 1997b

J.H. Nieuwenhuis, 'The tortfeasor takes his victim as he finds him', in: *Eigen schuld bij onrechtmatige daad*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1997, p. 57-60

Nieuwenhuis 1997c

J.H. Nieuwenhuis, *De ramp op het Pikmeer* (oratie Groningen), Deventer: Kluwer 1997

Nieuwenhuis 2002

J.H. Nieuwenhuis, 'Eurocausaliteit', *TPR* 2002, p. 1695-1736

Nieuwenhuis 2003

J.H. Nieuwenhuis, *Onrechtmatige daden, Délits, Unerlaubte Handlungen, Torts*, Deventer: Kluwer 2003

Nieuwenhuis 2013

J.H. Nieuwenhuis, *Hoofdstukken vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2013

Van Nispen 1978

C.J.J.C. van Nispen, *Het rechterlijk verbod en bevel* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1978

Van Nispen 2018

C.J.J.C. van Nispen, *Sancties in het vermogensrecht* (mon. BW, A11), Deventer: Kluwer 2018

Nuis 1981

J.D.L. Nuis, 'Differentiatie van de causaliteits-/aansprakelijkheidscriteria bij de onrechtmatige daad', *WPNR* 1981 (5555, 5556), p. 149-154, 165-170

Nuninga 2018

W.T. Nuninga, 'Recht, plicht, schade, begroting', *WPNR* 2018 (7189), p. 294-301

Olthof 1988

M.M. Olthof, 'Causaliteit bij wanprestatie', in: A.G. Castermans e.a. (red.), *Oud en Nieuw, BWKJ 1988*, Leiden: Rijksuniversiteit Leiden 1988, p. 37-42

Olthof 1995

M.M. Olthof, 'Causaliteitscriteria bij wanprestatie' in: M.E. Franke e.a. (red.), *Europees Contractenrecht, BWKJ 1995*, Arnhem: Gouda Quint 1995, p. 83-94

Oly 1985

G.G. Oly, 'Is er bij onrechtmatige daad een absoluut recht op schadevergoeding? En is dat een soort sociale verzekering?', *NJB* 1985, p. 1119-1120

Opzoomer 1879a

C.W. Opzoomer, *Het Burgerlijk Wetboek Verklaard, Vijfde deel*, Amsterdam: J.H. Gebhard & Comp 1879

Opzoomer 1879b

C.W. Opzoomer, *Het Burgerlijk Wetboek Verklaard, Zesde deel*, Amsterdam: J.H. Gebhard & Comp 1879

Paul 2000

L.A. Paul, 'Aspect Causation', *J. Philos.* 2000, p. 297-328

Paul 2009

L.A. Paul, 'Counterfactual Theories', in: H. Beebe C. Hitchcock en P. Menzies (red.), *The Oxford Handbook of Causation*, Oxford: Oxford University Press 2009, p. 158-184

Du Perron 1995,

C.E. du Perron 1995, 'Schadevergoeding aandeelhouder bij onrechtmatig handelen jegens vennootschap', *Bb* 1995, p. 51-54

- Du Perron 1996
C.E. du Perron, *Aansprakelijkheid in groepen van contracten*, Deventer: Kluwer 1996
- Du Perron 1999
C.E. du Perron, *Overeenkomst en derde* (diss. Amsterdam, UvA), Deventer: Kluwer 1999
- Du Perron 2000
C.E. du Perron, 'Niet iedere gevaarstelling is onrechtmatig', *Bb* 2000, p. 115-118
- Du Perron 2001
C.E. du Perron, 'C.H. Sieburgh, Toerekening van een onrechtmatige daad', *RM Themis* 2001, p. 226-228
- Du Perron 2002
C.E. du Perron, 'Een afgesloten weg' (oratie Amsterdam, UvA), in: M.W. Hesselink e.a., *Uitgesproken teksten*, Amsterdam: Vossiuspers UvA, p. 31-57
- Du Perron 2003
C.E. du Perron, 'Genoegdoening in het civiele aansprakelijkheidsrecht', in: A.C. Zijdeveld e.a., *Het opstandige slachtoffer* (Preadviezen NJV), Deventer: Kluwer 2003, p. 107-161
- Perry 1992
S.R. Perry, 'Protected interests and undertakings in the law of negligence', *UTLJ* 1992, p. 247-137
- Perry 1995
S.R. Perry, 'Risk, Harm, and Responsibility', in: D.G. Owen (red.), *Philosophical Foundations of Tort Law*, Oxford: Oxford University Press 1995, p. 321-346
- Perry 2001
S.R. Perry, 'Responsibility for Outcomes, Risk, and the Law of Torts', in: G.J. Postma (red.), *Philosophy and the Law of Torts*, Cambridge: Cambridge University Press 2001, p. 72-130
- Perry 2014
S.R. Perry, 'Torts, Rights, and Risk', in: J. Oberdiek (red.), *Philosophical Foundations of The Law of Torts*, Oxford: Oxford University Press 2014, p. 38-60
- Polak 1941
R.J. Polak, 'Gerelativeerde rechten', *NJB* 1941, p. 421-427, 441-448
- Polak 1949
R.J. Polak, *Aanspraak en Aansprakelijkheid uit Onrechtmatige Daad* (diss. Amsterdam, UvA), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1949
- Posner 2011
R.A. Posner, *Economic analysis of law*, New York: Aspen Publishers 2011
- Pothier 1761
R.J. Pothier, *Traité des obligations, Tome Premier*, Parijs: Chez Debure 1761
- Van Quickenborne 1972
M. van Quickenborne, *De oorzakelijkheid in het recht van de burgerlijke aansprakelijkheid* (proefschrift tot het bekomen van de graad van geaggregeerde van het hoger onderwijs, Gent), Gent: 1972

- Van Quickenborne 2007
M. van Quickenborne, *Oorzakelijk verband tussen onrechtmatige daad en schade*, Mechelen: Kluwer 2007
- Rabel 1936
E. Rabel, *Das Recht des Warenkaufs* (Band 1), Berlijn: Walter de Gruyter 7 Co. 1936
- Van Ravels 2015
B.P.M. van Ravels, 'Causaliteit: afstemming van causaliteitsleren in het besluiten aansprakelijkheidsrecht', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *De burgerlijke rechter in het publiekrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 667-699
- Raiser 1962
T. Raiser, *Haftungsbegrenzung nach dem Vertragszweck* (diss. Tübingen), Tübingen: 1962
- Reurich 2005
L. Reurich, *De articulatie van gedragsnormen. Deel II: vaagheid van normen* (diss. Leiden), Kluwer: Deventer 2005
- Ribbius 1906
H.R. Ribbius, *De omvang van de te vergoeden schade bij niet-nakoming van verbintenissen en bij onrechtmatige daad* (diss. Leiden), Leiden: Boek- en Steendrukkerij Eduard IJdo 1906
- Rijnhout 2012
R. Rijnhout, *Schadevergoeding voor derden in personenschadezaken* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012
- Roos 1992
P. Roos, 'Beroepsaansprakelijkheid notaris: eigen schuld of Schutznorm?', *NTBR* 1992, p. 65-68
- Rowan 2012
S. Rowan, *Remedies for Breach of Contract*, Oxford: Oxford University Press 2012
- Rümelin 1896
M. Rümelin, *Der Zufall im Recht* (oratie Freiburg im Breisgau), Freiburg im Breisgau: J.C.B. Mohr 1896
- Rümelin 1900
M. Rümelin, *Die Verwendung der Causalbegriffe in Straf- und Zivilrecht*, Tübingen: J.C.B. Mohr 1900
- Von Sarwey 1880
O. von Sarwey, *Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege*, Tübingen: Laupp 1880
- Schack 1986
H. Schack, 'Der Schutzzweck als Mittel der Haftungsbegrenzung im Vertragsrecht', *JZ* 1986, p. 305-319
- Schelhaas & Valk 2016
H.N. Schelhaas en W.L. Valk, *Uitleg van rechtshandelingen* (preadvies voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht), Zutphen: Uitgeverij Paris 2016

Van Schellen 1972

J. van Schellen, *Juridische causaliteit* (diss. Amsterdam, UvA), Deventer: Kluwer 1972

Van Schellen 1979

J. van Schellen, 'Adequaat causaal verband en toerekening naar redelijkheid', in: P. Abas e.a. (red.), *Non sine causa*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1979, p. 333-358

Van Schellen 1985a

J. van Schellen, *Toerekening naar redelijkheid*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1985

Van Schellen 1985b

J. van Schellen, 'Causaal verband: requiem voor een leerstuk?', *NJB* 1985, p. 1115-1118

Van Schellen 1986a

J. van Schellen, 'Nogmaals: 'Toerekening naar redelijkheid', antwoord aan Gerrit van Maanen', *Kwartaalbericht Nieuw BW*, p. 27-30

Van Schellen 1986b

J. van Schellen, 'Naschrift Prof. mr. J. van Schellen', *Kwartaalbericht Nieuw BW* 1986, p. 29-30

Scheltema & Scheltema 2013

M.W. Scheltema & M. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht*, Deventer: Kluwer 2013

Van Schilfgaarde 1969

P. van Schilfgaarde, *Toerekening van rechtshandelingen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1969

Van Schilfgaarde 1997

P. van Schilfgaarde, 'Acties van aandeelhouders in verband met onrechtmatige gedragingen tegenover de vennootschap', in: P. van Schilfgaarde e.a., *Rechtspleging in het ondernemingsrecht*, Deventer 1997, p. 1-13

Scholten 1899

P. Scholten, *Schadevergoeding buiten overeenkomst en onrechtmatige daad* (diss. Amsterdam, UvA), Amsterdam: Scheltema en Holkema's boekhandel 1899

Scholten 1902

P. Scholten, 'De causaliteitsvraag in het leerstuk der schadevergoeding buiten contract', *Rechtsgeleerd Magazijn* 1902, p. 265-312, 414-467

Schoordijk 1967

H.C.F. Schoordijk, 'Regres en subrogatie naar wordend recht', *RM Themis* 1967, p. 147-165

Schoordijk 1979

H.C.F. Schoordijk, *Het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht naar het Nieuw Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Kluwer 1979

Schoordijk 1986

H.C.F. Schoordijk, 'Boekbespreking 'Toerekening naar redelijkheid – naar huidig en komend recht' door prof. mr. J. van Schellen', *WPNR* 1986 (5771), p. 101-103

Schoordijk 1991

H.C.F. Schoordijk, 'De normen van maatschappelijke betamelijkheid in sport en spel', *WPNR* 1991 (6022 en 6023) p. 703-706, 723-726

Schoordijk 1995

H.C.F. Schoordijk, 'Falende rechtswetenschap?', *RM Themis* 1995, p. 144-149

Schoordijk 1997

H.C.F. Schoordijk, 'Een en ander over dogmatiek, constructie en (hun betekenis in) het onderwijs', in: P. Abas e.a. (red.), *J.L.P. Cahen-bundel*, Arnhem: Gouda Quint 1997, p. 375-387

Schoordijk 2008

H.C.F. Schoordijk, 'Het recht moeten wij niet denken als systeem vooraleer wij er systeem in gebracht hebben', *NJB* 2008, p. 1720-1723

Schut 1963

G.H.A. Schut, *Rechterlijke verantwoordelijkheid en wettelijke aansprakelijkheid* (diss. Amsterdam, VU), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1963

Schut 1965

G.H.A. Schut, 'Mr. A. R. BLOEMBERGEN, Schadevergoeding bij onrechtmatige daad', *RM Themis* 1965, p. 172-181

Schut 1975

G.H.A. Schut, 'Overzicht der Nederlandse Rechtspraak', *WPNR* 1975 (5326), p. 814-818

Schut 1978

G.H.A. Schut, 'De aard van de aansprakelijkheid en van de schade', *RM Themis* 1978, p. 380-403

Schut 1989

G.H.A. Schut, 'Toerekenen in het aansprakelijkheidsrecht', *RM Themis* 1989, p. 171-172

Schut 1993

G.H.A. Schut, 'G.H. Lankhorst, De relativiteit van de onrechtmatige daad, Diss. RUL', *NJB* 1993, p. 1331

Schut 1997

G.H.A. Schut, *Onrechtmatige daad*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997

Schwartz 1986

G.T. Schwartz, 'Economic Loss in American Tort Law: The Examples of J'Aire and of Products Liability', *San. D. L. Rev.* 1986, p. 37-78

Schwitters 2008

R. Schwitters, 'Over maatmannen en het subjectieve', *NJLP* 2008, p. 203-211

Sieburgh 1997

C.H. Sieburgh, 'Wat is rechtsinbreuk?', *NJB* 1997, p. 628-635

Sieburgh 2000

C.H. Sieburgh, *Toerekening van een onrechtmatige daad* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2000

Sieburgh 2001

C.H. Sieburgh, 'Wat beweegt de buitencontractuele aansprakelijkheid omstreeks 2000?', *WPNR* 2001 (6450), p. 580-594

Sieburgh 2006

C.H. Sieburgh, 'M.J. Kroeze, Afgeleide schade en afgeleide actie', *RM Themis* 2006, p. 212-220

Sieburgh 2008

C.H. Sieburgh, 'L'art de la distinction' *NJB* 2008, p. 3-13

Sieburgh 2015

C.H. Sieburgh, 'Nul, één, drie, veel', *WPNR* 2015 (7045), p. 16-26

Simons 1902

D. Simons, 'Ons burgerlijk delictsrecht', *Themis Rechtskundig Tijdschrift* 1902, p. 6-92

Slagter 1952

W.J. Slagter, *De rechtsgrond van de schadevergoeding bij onrechtmatige daad* (diss. Leiden), 's-Gravenhage: Juridische boekhandel en uitgeverij A. Jongbloed en zoon 1952

Slagter 1982

W.J. Slagter, 'De relativiteit van de onrechtmatige daad, in het bijzonder in het verkeersrecht', in: H. Drion e.a., *Lugdunum Batavorum Juri Sacrum: 1882-1982: rechtsgeleerde opstellen vervaardigd door leden van het Leids Juridisch Dispuut 'Juri Sacrum' ter gelegenheid van het honderdjarig bestaan van het dispuut*, Deventer: Kluwer 1982, p. 159-183

Smith 1997

S.A. Smith, 'Rights, Remedies, and Normal Expectancies in Tort and Contract', *LQR* 1997, p. 426-432

Smith 2004

S.A. Smith, *Contract Theory*, Oxford: Oxford University Press 2004

Smith 2005

S.A. Smith, *Atiyah's Introduction to the Law of Contract*, Oxford: Oxford University Press 2005

Smith 2009

S.A. Smith, "'The Reasonable Expectations of the Parties': An Unhelpful Concept", *CBLJ* 2009, p. 366-385

Smits 1938

P.H. Smits, 'Iets over de vraag der relativiteit van de onrechtmatigheid bij onrechtmatige daad in verband met de door den Hoogen Raad onderscheiden onrechtmatigheidsnormen', *WPNR* 1938 (3586 t/m 3591), p. 433-437, 445-448, 469-472, 477-479, 489-492

Smits 1940

P.H. Smits, 'Aantasting en uitoefening van subjectieve rechten in hare beteekenis voor de onrechtmatige daad', *WPNR* 1940 (3688 t/m 3690), p. 373-379, 385-389, 397-402

Smits 1995

J.M. Smits, *Het vertrouwensbeginsel en de contractuele gebondenheid* (diss. Leiden), Arnhem: Gouda Quint 1995

Smits 1997

J.M. Smits, 'Van risico-aanvaarding en toestemming naar eigen schuld: een ontwikkeling naar billijkheid?', in: W.H. van Boom e.a. (red.), *Tussen 'Alles' en 'Niets'*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 213-227

- Smits 2012
J.M. Smits, *The Mind and Method of the Legal Academic*, Cheltenham: Edward Elgar 2012
- Snijders 1992
H.J. Snijders, *Op de grens van burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht (afscheidrede Rotterdam)*, Arnhem: Gouda Quint 1992
- Snijders 1995
H.J. Snijders, 'Aansprakelijkheidsrecht na Gouderak en Spier', *WPNR* 1995 (6180 en 6181), p. 303-306 en 319-322
- Snijders 2007
W. Snijders, 'Beperkende werking, een paradox of een instrument?', *WPNR* 2007 (6693), p. 6-12
- Soukup 2012
M. Soukup, *Der Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens bei ärztlichen Behandlungsfehlern*, Leipzig: Leipziger Universitätsverlag 2012
- Spanjaart 2012
M. Spanjaart, *Vorderingsrechten uit cognossement* (diss. Rotterdam), Zutphen: Uitgeverij Paris 2012
- Spath 2010
J.B. Spath, *Zaaksvervanging* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2010
- Spier 1992
J. Spier, *Schadevergoeding: algemeen, deel 3* (Mon. BW, B36), Deventer: Kluwer 1992
- Spier 1993a
J. Spier, 'Verdere verscherping van de aansprakelijkheid van de werkgever voor arbeidsongevallen', *A&V* 1993, p. 33-38
- Spier 1993b
J. Spier, 'G.H. Lankhorst, De relativiteit van de onrechtmatige daad, diss. Leiden 1992', *NTBR* 1993, p. 81-83
- Spier 1997
J. Spier, 'De causale maatstaf van art. 6:101 BW', in: A.J.O. van Wassenaeer van Catwijk e.a., *Eigen schuld bij onrechtmatige daad*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1997, p. 15-23
- Spier 2005
J. Spier, 'Causation', in: J. Spier e.a. (red.), *Principles of European Tort Law*, Springer: Wenen 2005, p. 43-63
- Spier & Haazen 2000
J. Spier & O.A. Haazen, 'Comparative Conclusions on Causation', in: *Unification of Tort Law: Causation*, Den Haag: Kluwer International 2000, p. 127-154
- Stapleton 1988
J. Stapleton, 'Law, Causation and Common Sense', *Oxford J. L. Studies* 1988, p. 111-131
- Stapleton 1997
J. Stapleton, 'The Normal Expectancies Measure in Tort Damages', *LQR* 1997, p. 257-293

Stapleton 1998

J. Stapleton, 'Duty of Care Factors: a Selection from the Judicial Menu', in: P. Cane & J. Stapleton (red.), *The Law of Obligations: Essays in Honour of John Fleming*, Oxford: Clarendon Press, 1998, p. 59-95

Stapleton 2001a

J. Stapleton, 'Legal cause: Cause-in-fact and the Scope of Liability for Consequences', *Vand. L. Rev.* 2001, p. 941-1009

Stapleton 2001b

J. Stapleton, 'Unpacking "Causation"', in: P. Crane & J. Gardner, *Relating to Responsibility: Essays in honour of Tony Honoré on his 80th Birthday*, Oxford: Hart Publishing 2001, p. 145-185

Stapleton 2002

J. Stapleton, 'Comparative Economic Loss: Lessons from Case-Law-Focused "Middle Theory"', *UCLA L. Rev.* 2002, p. 531-583

Stapleton 2003

J. Stapleton, 'Cause-in-Fact and the scope of Liability for Consequences', *LQR* 2003, p. 388-425

Stapleton 2008

J. Stapleton, 'Choosing what we mean by "Causation" in the Law', *Mo. L. Rev.* 2008, p. 433-480

Stapleton 2009

J. Stapleton, 'Causation in the Law', in: H. Beebee, C. Hitchcock en P. Menzies (red.), *The Oxford Handbook of Causation*, Oxford: Oxford University Press 2009, p. 744-770

Stein 1982

P.A. Stein, 'Oorzaak, gevolg en aansprakelijkheid', in: H. Drion e.a., *Lugdunum Batavorum Juri Sacrum: 1882-1982: rechtsgeleerde opstellen vervaardigd door leden van het Leids Juridisch Dispuut 'Juri Sacrum' ter gelegenheid van het honderdjarig bestaan van het dispuut*, Deventer: Kluwer 1982, p. 185-198

Sterk 1994

C.H.W.M. Sterk, *Verhoogd gevaar in het aansprakelijkheidsrecht* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 1994

Stoll 1968

H. Stoll, *Kausalzusammenhang und Normzweck im Deliktsrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck 1968

Stoll 1983

H. Stoll, 'Adäquanz und normative Zurechnung bei der Gefährdungshaftung', *VersR* 1983, p. 184-189

Streefkerk 1980

C.E. Streefkerk, 'Risico-aanvaarding', *WPNR* 1980 (5505, 5506, 5508), p. 121-126, 137-143, 169-172

Streefkerk 1996

C.E. Streefkerk, 'De onrechtmatigheid van de rechtsinbreuk', in: M.E. Franke e.a. (red.), *Onrechtmatige daad, BWKJ 1996*, Deventer: Gouda Quint 1996, p. 67-86

Stürner 2012

R. Stürner, 'Das Zivilrecht der Moderne und die Bedeutung der Rechtsdogmatik', *JZ* 2012, p. 10-24

Sutschet 2006

H. Sutschet, *Garantieverhaftung und Verschuldenshaftung im gegenseitigen Vertrag* (Hab. Trier), Tübingen: Mohr Siebeck 2006

Telders 1929a

B.M. Telders, 'Het verband tusschen onrechtmatigheid en schade bij art. 1401 B.W.', *WPNR* 1929 (3091, 3093), p. 169-171, 201-203

Telders 1929b

B.M. Telders, 'Nog eens: het verband tusschen onrechtmatigheid en schade bij art. 1401 B.W.', *WPNR* 1929 (3126), p. 667-668

Timmerman 2006

L. Timmerman, 'Hartkamp en afgeleide schade' in: H.J. van Kooten e.a. (red.), *Hartkampvarianties*, Deventer: Kluwer 2006, p. 129-137

Timmerman 2013

L. Timmerman, 'Pragmatisch denken over afgeleide schade', *WPNR* 2013 (6962), p. 115-118

Tjong Tjin Tai 2005

T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Gevaarzetting en risicoverhoging', *WPNR* 2005 (6620), p. 364-374

Tjong Tjin Tai 2006

T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Zorgplichten en zorgethiek* (diss. Amsterdam, UvA), Deventer: Kluwer 2006

Tjong Tjin Tai 2007a

T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Nalaten als onrechtmatige daad', *NJB* 2007, p. 2540-2546

Tjong Tjin Tai 2007b

T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Vuile handen en relativiteit', *Bb* 2007, p. 71-74

Tjong Tjin Tai 2008

T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Grenzen aan aansprakelijkheid voor uitgifte van verontreinigde grond?', *MvV* 2008, p. 114-116

Tjong Tjin Tai 2011

T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Redelijke toerekening van schade', *Bb* 2011, p. 204-206

Tjong Tjin Tai 2017

T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Schadebegroting*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017

Tjong Tjin Tai 2019

T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Meerpartijenovereenkomst en samenhangende overeenkomsten* (Mon. BW, A29), Deventer: Wolters Kluwer 2019

Tjong Tjin Tai & Verstijlen 2008

T.F.E. Tjong Tjin Tai & F. Verstijlen, 'Kroniek van het vermogensrecht', *NJB* 2008, p. 2111-2118

Traeger 1904

L. Traeger, *Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht*, Marburg: N.G. Elwert'sche Verlagsbuchhandlung 1904

Van Tricht 2008

O.P. van Tricht, 'Juridisch causaal verband en toerekening', *PIV Bulletin* 2008, nr. 4, p. 1-4

Unberath 1999

H. Unberath, 'Third Party losses and Black Holes: Another View', *LQR* 1999, p. 535-545

Unberath 2003

H. Unberath, *Transferred Loss* (diss. Oxford), Oxford: Hart Publishing 2003

Unberath 2007

H. Unberath, *Die Vertragsverletzung* (Hab. München), Tübingen: Mohr Siebeck 2007

Van 1995

A.J. Van, *Onzekerheid over ouderschap en causaliteit* (diss. Rotterdam), Arnhem: Goud Quint 1995

Verdaas 2008

A.J. Verdaas, *Stil pandrecht op vorderingen op naam* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2008

Verheul 2018

E.F. Verheul, 'Rechtsinbreuk en onrechtmatigheid', *WPNR* 2018 (7215), p. 851-863

Verheij 2005

A.J. Verheij, *Onrechtmatige daad* (Mon. Privaatrecht), Deventer: Kluwer 2005

Verheij 2014

A.J. Verheij, 'De Hoge Raad en de relativiteit. Voorstel voor een hanteerbare toets', *NTBR* 2014, p. 95-104

Verheij 2016

A.J. Verheij, 'Relativiteit, causaliteit en gederfde winst door misgelopen klandizie', *NJB* 2016, p. 1328-1336

Vigelius 1935

C.C. Vigelius, 'De elementen van art. 1401 BW', in: *Rechtskundige opstellen door oud-leerlingen aangeboden aan Prof. Mr. E.M. Meijers*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1935, p. 824-866

Visser 't Hooft 1968

H.P. Visser 't Hooft, 'Over causaliteit en "common sense"', *RM Themis* 1968, p. 384-424

Voorduin 1838

J.C. Voorduin, *Geschiedenis en beginselen der Nederlandsche Wetboeken*, deel V, Utrecht: Robert Natan 1838

Vranken 1978

J.B.M. Vranken, *Kritiek en methode in de rechtsvinding* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1978

Vranken 1986

J.B.M. Vranken, 'Mr. G.J. Scholten, Grondslag en bronnen van verbintenis', *RM Themis* 1986, p. 142-147

Vranken 1989

J.B.M. Vranken, *mededelings-, informatie- en onderzoeksplichten in het verbintenissenrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989

Vranken 1990

J.B.M. Vranken, 'Zorgvuldigheidsnorm en aansprakelijkheid voor bodemverontreiniging uit het verleden', *WPNR* 1990 (5953 t/m 5955) p. 177-181, 193-199, 211-217

Vranken 1991a

J.B.M. Vranken, 'Naar een meer geïntegreerd aansprakelijkheidsrecht bij wanprestatie en onrechtmatige daad', in: W.C.L. van der Grinten e.a. (red.), *Onderneming en Nieuw Burgerlijk Recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991, p. 323-330

Vranken 1991b

J.B.M. Vranken, 'Een niet wenkend toekomstperspectief; Over meerpartijenverhoudingen en de vlucht in het derdenbeding', in: B.W.M. Nieskens-Ispording e.a. (red.), *In het nu, wat worden zal: opstellen aangeboden aan prof. mr. H.C.F. Schoordijk ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar aan de Katholieke Universiteit Brabant*, Deventer: Kluwer 1991, p. 295-307

Vranken 1994

J.B.M. Vranken, 'Maatwerk of konfektie in het verbintenissenrecht', in: T. Hartlief e.a. (red.), *CJHB Brunner-Bundel*, Deventer: Kluwer 1994, p. 417-427

Vranken 1997

J.B.M. Vranken, 'De derde in het overeenkomstenrecht', *WPNR* 1997 (6288 en 6289), p. 715-720, 735-739

Vranken 2000a

J.B.M. Vranken, 'Boekbespreking "Overeenkomst en derden"', *WPNR* 2000 (6425), p. 859-863

Vranken 2000b

J.B.M. Vranken, 'Over partijautonomie, contractsvrijheid en de grondslag van gebondenheid in het verbintenissenrecht', in: J.M. Barendrecht e.a. (red.), *Beginselen van contractenrecht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000

Vranken 2002

J.B.M. Vranken, 'Overeenkomst en derden na tien jaar nieuw BW: een kritische evaluatie', *WPNR* 2002 (6472), p. 39-47

Vranken 2007

J.B.M. Vranken 'Moderne dogmatiek', *WPNR* 2007 (6693), p. 22-30

Waddams 2003

S. Waddams, *Dimensions of Private Law: Categories and Concepts in Anglo-American Legal Reasoning*, Cambridge: Cambridge University Press 2003

Van Wassenaar van Catwijck 1971

A.J.O. van Wassenaar van Catwijck, *Eigen schuld* (diss. Leiden), Groningen: H.D. Tjeenk Willink 1971

Van Wassenaar van Catwijck 1992

A.J.O. van Wassenaar van Catwijck, 'Verkeersopvattingen; een nieuwe stap in de richting van anticipatie van art. 6:162 lid 3 NBW', *Bb* 1992, p. 31-32

Weinrib 1976

E.J. Weinrib, 'Illegality as a Tort Defence', *UTLJ* 1976, p. 28-54

Weinrib 2012

E.J. Weinrib, *The Idea of Private Law*, Oxford: Oxford University Press 2012

Weir 2006

T. Weir, *An Introduction to Tort Law*, Oxford: Oxford University Press 2006

Wertheim 1930

W.F. Wertheim, *Aansprakelijkheid voor schade buiten overeenkomst* (diss. Leiden), Leiden: N.V. Boek- en Steendrukkerij Eduard IJdo 1930

Wiarda/Koopmans 1999

G.J. Wiarda, *Drie typen van rechtsvinding* (bewerkt door T. Koopmans), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999

Van der Wiel 2004

B.T.M. van der Wiel, *De rechtsverhouding tussen procespartijen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2004

Van der Wiel 2005

B.T.M. van der Wiel, 'Afgeleide schade en afgeleide actie, Proefschrift van mr. M.J. Kroeze', *MvV* 2005, p. 10-13

Van der Wiel 2007

B.T.M. van der Wiel, 'Kroniek algemeen deel aansprakelijkheidsrecht', *AV&S* 2007, p. 175-191

Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014

W. Konijnenbelt & R.M. van Male, *Hoofdstukken van Bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2014

Williams 1951

G.L. Williams, *Joint Torts and Contributory Negligence*, Londen: Stevens & Sons 1951

Witjens 2011

E.M. Witjens, *Strafrechtelijke causaliteit; De redelijke toerekening vergeleken met het privaatrecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2011

Wolf 1962

J.G. Wolf, *Der Normzweck im Deliktsrecht*, Göttingen Verlag Otto Schwartz & Co. 1962

Wolfsbergen 1927a

A. Wolfsbergen, 'De causaliteit van art. 1401 B.W.', *WPNR* 1927 (3001 t/m 3004), p. 464-466, 479-482, 491-494, 511-514

Wolfsbergen 1927b

A. Wolfsbergen, 'De elementen van art. 1401 B.W.', *WPNR* 1927 (3076 t/m 3079), p. 761-763, 773-775, 785-787, 797-800

Wolfsbergen 1929

A. Wolfsbergen, 'Normatieve onrechtmatigheid of causale onrechtmatige daad?', *WPNR* 1929 (3115, 3116), p. 473-476, 483-525

Wolfsbergen 1930

A. Wolfsbergen, 'Onrechtmatigheid, oorzaak van schade', *WPNR* 1930 (3147), p. 240-243

Wolfsbergen 1946

A. Wolfsbergen, *Onrechtmatige daad*, Leiden: Universitaire Pers Leiden 1946

- Wright 1985
R.W. Wright, 'Causation in Tort Law', *Cal. L. Rev.* 1985, p. 1735-1828
- Wright 1988
R.W. Wright, 'Causation, Responsibility, Risk, Probability, Naked Statistics, and Proof: Pruning the Bramble Bush by Clarifying the Concepts', *Iowa L. Rev.* 1988, p. 1001-1077
- Wright 2001
R.W. Wright, 'Once More into the Bramble Bush: Duty, Causal Contribution, and the Extent of Legal Responsibility', *Vand. L. Rev.* 2001, p. 1071-1132
- Wright 2003
R.W. Wright, 'The Grounds and Extent of Legal Responsibility', *San. D. L. Rev.* 2003, p. 1425-1532
- Wright 2008
R.W. Wright, 'The Nightmare and the Noble Dream: Hart and Honoré on Causation and Responsibility', in: M. Kramer e.a. (red.), *The Legacy of H.L.A. Hart: Legal, Political and Moral Philosophy*, Oxford: Oxford University Press 2008, p. 165-180
- Wright & Puppe 2016
R.W. Wright & I. Puppe, 'Causation: Linguistic, Philosophical, Legal and Economic', *Chi.-Kent L. Rev.* 2016, p. 461-502
- Xynopoulou 2013
A. Xynopoulou, *Die Voraussehbarkeit als Voraussetzung des Schadensersatzes in der Vertragshaftung* (diss. Tübingen), Tübingen: Mohr Siebeck 2013
- Zevenbergen 1917
W. Zevenbergen, 'Over het vraagstuk der causaliteit in art. 1401 B.W.', *RM Themis* 1917, p. 31-86
- Zimmerman 1996
R. Zimmerman, *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford: Oxford University Press 1996
- Zipursky 2009
B. Zipursky, 'Foreseeability in Breach, Duty and Proximate Cause', *Wake Forest L. Rev.* 2009, p. 1247-1267
- Zwart 1977
J. Zwart, 'Juridische causaliteit, schuld en risico', *WPNR* 1977 (5404), p. 545-552
- Zweigert & Kötz 1998
K. Zweigert & H. Kötz, *An Introduction to Comparative Law*, Oxford: Clarendon Press 1998
- Van Zwieten 2015
P. van Zwieten, *De gesubrogeerde verzekeraar in het schadeverzekeringsrecht* (diss. Heerlen), Zutphen: Uitgeverij Paris
- Zwitser 1984
R. Zwitser, *Rond art. 1376 BW; overeenkomsten gelden vanwege en dus tussen partijen* (diss. Leiden), Leiden: 1984

Rechtspraakregister

(Verwezen wordt naar alineanummers)

Hoge Raad

| | |
|---|---|
| HR 15 juni 1888, <i>W</i> 5572 (<i>Ziegelaar/Van der Pek q.q.</i>) | 42 |
| HR 23 mei 1902, <i>W</i> 7772 (<i>Brand/Terwindt</i>) | 419, 720 |
| HR 28 december 1906, <i>W</i> 8477 (<i>Burgemeester Utrecht/Enkelstroth</i>) | 42 |
| HR 2 februari 1912, <i>W</i> 9319 m.nt. E.M. Meijers | 42 |
| HR 1 maart 1912, <i>W</i> 9333 m.nt. E.M. Meijers (<i>Wigleven/Schaap</i>) | 589, 658 |
| HR 22 november 1918, <i>NJ</i> 1919/33 (<i>Ostermann/Behrendt en Bodenheimer</i>) | 589, 658 |
| HR 31 januari 1919, <i>NJ</i> 1919/161 (<i>Lindenbaum/Cohen</i>) | 63 |
| HR 13 november 1922, <i>W</i> 10948 (<i>Berends/Vollenbroek</i>) | 42 |
| HR 20 april 1923, <i>NJ</i> 1923/694 (<i>Van Duyl/Rotterdam</i>) | 589, 658 |
| HR 18 mei 1923, <i>NJ</i> 1923/904 (<i>Serena/Van Vrijaldenhoven</i>) | 419, 720 |
| HR 3 februari 1927, <i>NJ</i> 1927/636 m.nt. E.M. Meijers (<i>Haagsche Post/Ligterink</i>) | 50, 360 |
| HR 18 februari 1927, <i>NJ</i> 1927/658 m.nt. E.M. Meijers (<i>Staatsspoorwegen/Smit</i>) | 50, 52 |
| HR 18 november 1927, <i>NJ</i> 1928/123 m.nt. E.M. Meijers (<i>Kaufmann's Huidenhandel/Kalker Norden</i>) | 51 |
| HR 27 januari 1928, <i>NJ</i> 1928/417 m.nt. P. Scholten (<i>Dubbele operatie</i>) | 54, 222, 501 |
| HR 25 mei 1928, <i>NJ</i> 1928/1688 m.nt. E.M. Meijers (<i>De Marchant et d'Ansembourg/Staat</i>) | 62, 70, 71, 73, 88, 291, 293, 328, 448, 449, 472 |
| HR 28 februari 1929, <i>NJ</i> 1929/905 m.nt. P. Scholten (<i>Intercueros/De Twentsche Bank</i>) | 51, 62 |

| | |
|--|--|
| HR 24 januari 1930, <i>NJ</i> 1930/299 m.nt. E.M. Meijers (<i>Vonk/De Overijsselsche</i>) | 62, 147, 148, 532, 713 |
| HR 7 april 1932, <i>NJ</i> 1932/1529 m.nt. E.M. Meijers (<i>Mosterd/De Geus</i>) | 14 |
| HR 17 juni 1932, <i>NJ</i> 1932/1464 m.nt. E.M. Meijers (<i>Monte Santo</i>) | 73, 293, 302, 316, 453, 494, 509 |
| HR 24 mei 1935, <i>NJ</i> 1935/1497 m.nt. E.M. Meijers (<i>Cuyck/Van Lent</i>) | 62, 397, 400 |
| HR 24 januari 1936, <i>NJ</i> 1936/427 m.nt. E.M. Meijers (<i>Everts/Van Krimpen</i>) | 121, 539, 542 |
| HR 5 juni 1936, <i>NJ</i> 1937/67 m.nt. P. Scholten (<i>Berntsen/Remmen</i>) | 121, 539 |
| HR 11 maart 1937, <i>NJ</i> 1937/899 m.nt. E.M.M. Meijers (<i>Holdisco</i>) | 62, 74, 685, 703 |
| HR 18 november 1937, <i>NJ</i> 1938/269 m.nt. E.M. Meijers (<i>Rompu/Cleeves</i>) | 589, 658, 659 |
| HR 23 november 1939, <i>NJ</i> 1940/242 m.nt. E.M. Meijers (<i>Zuiderhaven</i>) | 262, 264, 270, 279-281 |
| HR 18 augustus 1944, <i>NJ</i> 1944/45/598 (<i>Alkmaar/Noord-Holland</i>) | 137 |
| HR 3 mei 1946, <i>NJ</i> 1946/323 (<i>Staat/Degens</i>) | 4, 351, 548, 587, 648, 662, 663, 666, 676, 677, 694 |
| HR 15 december 1950, <i>NJ</i> 1951/492 m.nt. P.A.N. Houwing (<i>Wessanen/Mercurius</i>) | 123, 174, 542 |
| HR 5 januari 1951, <i>NJ</i> 1951/494 m.nt. Ph.A.N. Houwing (<i>Grofru</i>) | 436, 440 |
| HR 22 mei 1953, <i>NJ</i> 1953/647 m.nt. Ph.A.N. Houwing (<i>De Nederlandsche Lloyd Ongevallen/West-Indische Bananen Import Compagnie</i>) | 66 |
| HR 17 december 1954, <i>NJ</i> 1955/85 m.nt. L.E.H. Rutten (<i>Eerste Rotterdamsche Mij van Verzekering tegen Ongevallen/Houtman</i>) | 66 |
| HR 4 maart 1955, <i>NJ</i> 1955/301 (<i>Friesland/Salverda</i>) | 161, 162, 349, 548, 567, 601, 603, 630, 648, 663, 664, 668, 669, 682 |
| HR 23 november 1956, <i>NJ</i> 1957/2 m.nt. L.E.H. Rutten (<i>W.J. de B./E. de J.</i>) | 66 |
| HR 17 januari 1958, <i>NJ</i> 1961/568 (<i>Tandartsen I</i>) | 4, 401, 403, 676 |
| HR 14 maart 1958, <i>NJ</i> 1961/570 (<i>Spitfire</i>) | 62, 259, 354, 685 |

| | |
|---|--|
| HR 30 januari 1959, <i>NJ</i> 1959/548 m.nt. D.J. Veegens (<i>Quint/Te Poel</i>) | 688 |
| HR 12 februari 1960, <i>NJ</i> 1960/171 (<i>Edel en Van der Groep/De Oude Zwolsche</i>) | 165, 199, 209, 221, 345 |
| HR 2 februari 1962, <i>NJ</i> 1964/329 m.nt. L.J. Hijmans van den Bergh (<i>Ove Skou/De Jonge</i>) | 340 |
| HR 4 januari 1963, <i>NJ</i> 1964/434 m.nt. G.J. Scholten (<i>Scholten/Scholten's Aardappelmeelfabriek</i>) | 121, 174, 539 |
| HR 1 maart 1963, <i>NJ</i> 1964/12 m.nt. J.H. Beekhuis (<i>Claessens/Tijssen</i>) | 159, 162, 391-393 |
| HR 5 november 1965, <i>NJ</i> 1966/136 m.nt. G.J. Scholten (<i>Kelderluik</i>) | 283, 364 |
| HR 2 december 1966, <i>NJ</i> 1967/42 m.nt. G.J. Scholten (<i>Haringstalletje</i>) | 271, 361 |
| HR 7 maart 1969, <i>NJ</i> 1969/249 m.nt. G.J. Scholten (<i>Gegaste uien</i>) | 595, 596, 598, 669, 677, 682 |
| HR 20 juni 1969, <i>NJ</i> 1969/374 m.nt. G.J. Scholten (<i>Zitman</i>) | 54, 222, 501 |
| HR 20 maart 1970, <i>NJ</i> 1970/251 m.nt. G.J. Scholten (<i>Waterwingebied Leeuwarden</i>) | 3, 20, 26, 99, 102, 103, 106, 112, 184, 187, 198, 216, 249 |
| HR 15 mei 1970, <i>NJ</i> 1970/327 m.nt. G.J. Scholten (<i>Bedrijfschap/Klomp</i>) | 137, 139, 278, 521 |
| HR 18 december 1970, <i>NJ</i> 1971/142 m.nt. G.J. Scholten (<i>De Brouwer/Van den Besselaar</i>) | 165, 199, 209, 221, 345 |
| HR 9 juni 1972, <i>NJ</i> 1972/360 m.nt. G.J. Scholten (<i>Neurotische depressie</i>) | 221, 222 |
| HR 2 februari 1973, <i>NJ</i> 1973/225 m.nt. A.R. Bloembergen (<i>CWR/Millenaar</i>) | 148, 532 |
| HR 16 februari 1973, <i>NJ</i> 1973/463 m.nt. L.J. Hijmans van den Bergh (<i>Maas/Willems</i>) | 66, 105, 121, 539, 716 |
| HR 16 maart 1973, <i>NJ</i> 1975/74 m.nt. B. Wachter (<i>Natuurmonumenten/Franken</i>) | 602 |
| HR 9 november 1973, <i>NJ</i> 1974/91 m.nt. W.F. Prins (<i>Limmen/Houtkoop</i>) | 137, 139, 521 |
| HR 22 november 1974, <i>NJ</i> 1975/149 m.nt. G.J. Scholten (<i>Heddema/De Coninck</i>) | 366 |
| HR 21 maart 1975, <i>NJ</i> 1975/372 (<i>Doodgeschrokken bromfietser</i>) | 26, 221 |
| HR 13 juni 1975, <i>NJ</i> 1975/509 m.nt. G.J. Scholten (<i>Amercentrale</i>) | 187, 198, 232, 235, 236, 364 |
| HR 19 december 1975, <i>NJ</i> 1975/280 m.nt. G.J. Scholten (<i>Rijksweg 12</i>) | 26, 141, 198, 216, 485, 523, 645 |
| HR 26 maart 1976, <i>NJ</i> 1976/393 m.nt. G.J. Scholten (<i>Onderlinge/Dorten</i>) | 26 |
| HR 28 januari 1977, <i>NJ</i> 1978/174 (<i>Pootaardappelen</i>) | 629 |

| | |
|--|--|
| HR 11 maart 1977, <i>NJ</i> 1977/521 m.nt. G.J. Scholten (<i>Kribbebijter</i>) | 639 |
| HR 1 juli 1977, <i>NJ</i> 1978/84 m.nt. G.J. Scholten (<i>Van Hees/Esbeek</i>) | 110, 198 |
| HR 1 juli 1977, <i>NJ</i> 1978/118 (<i>Fuld/Cofra</i>) | 26 |
| HR 29 januari 1978, <i>NJ</i> 1978/285 m.nt. G.J. Scholten (<i>Abbekerk</i>) | 494 |
| HR 26 mei 1978, <i>NJ</i> 1978/615 m.nt. G.J. Scholten (<i>Zuidpool</i>) | 523 |
| HR 12 januari 1979, <i>NJ</i> 1979/362 m.nt. A.R. Bloembergen (<i>Securicor/Nationale Nederlanden</i>) | 597, 598, 666, 677 |
| HR 6 april 1979, <i>NJ</i> 1980/34 m.nt. C.J.H. Brunner (<i>Kleuterschool Babbel</i>) | 237 |
| HR 5 oktober 1979, <i>NJ</i> 1980/43 m.nt. G.J. Scholten (<i>Tauber/Verhey</i>) | 198 |
| HR 12 oktober 1979, <i>NJ</i> 1980/117 m.nt. G.J. Scholten (<i>Radio Modern/Edah</i>) | 256, 260, 274, 278 |
| HR 2 november 1979, <i>NJ</i> 1980/77 m.nt. G.J. Scholten (<i>Vader Versluis</i>) | 198, 199, 209, 216, 221, 224, 226, 347 |
| HR 20 juni 1980, <i>NJ</i> 1982/510 m.nt. J.A. Borman (<i>Transportbeton/Eindhoven</i>) | 73, 280, 281, 293, 320, 457, 471 |
| HR 13 maart 1981, <i>NJ</i> 1981/635 m.nt. C.J.H. Brunner (<i>Haviltex</i>) | 369, 370, 374 |
| HR 25 september 1981, <i>NJ</i> 1982/255 m.nt. C.J.H. Brunner (<i>Van Veen/X</i>) | 615 |
| HR 25 september 1981, <i>NJ</i> 1982/315 m.nt. C.J.H. Brunner (<i>Breda/Nijs</i>) | 66 |
| HR 8 januari 1982, <i>NJ</i> 1982/614 m.nt. C.J.H. Brunner (<i>Dorpshuis Kamerik</i>) | 199, 209, 221, 224, 347, 360 |
| HR 2 april 1982, <i>NJ</i> 1983/367 m.nt. C.J.H. Brunner (<i>Smael en De Ridder/Moszkowicz</i>) | 612, 677, 682 |
| HR 7 mei 1982, <i>NJ</i> 1983/478 m.nt. C.J.H. Brunner (<i>Trechsel/Lameris</i>) | 354 |
| HR 1 juli 1982, <i>NJ</i> 1983/684 m.nt. C.J.H. Brunner (<i>Van Hooft/Staat</i>) | 267, 408 |
| HR 17 september 1982, <i>NJ</i> 1983/278 m.nt. M. Scheltema (<i>Zegwaard/Knijnenburg</i>) | 434 |
| HR 25 maart 1983, <i>NJ</i> 1984/629 m.nt. C.J.H. Brunner (<i>Steen-gaassteller</i>) | 198 |
| HR 27 januari 1984, <i>NJ</i> 1984/536 m.nt. W.C.L. van der Grinten (<i>Verstekeling</i>) | 66, 479, 544 |
| HR 24 februari 1984, <i>NJ</i> 1984/415 m.nt. W.C.L. van der Grinten (<i>Bardoel/Swinkels</i>) | 365, 412, 414 |
| HR 8 februari 1985, <i>NJ</i> 1986/136 m.nt. C.J.H. Brunner (<i>Joe/Chicago Bridge</i>) | 100, 222, 501 |

| | |
|---|---------------------------------------|
| HR 8 februari 1985, <i>NJ</i> 1986/137 m.nt. C.J.H. Brunner (<i>Renteneurose</i>) | 222 |
| HR 21 juni 1985, <i>NJ</i> 1986/526 m.nt. M. Scheltema (<i>Van Brandwijk/Amsterdam</i>) | 269 |
| HR 28 juni 1985, <i>NJ</i> 1986/356 m.nt. M. Scheltema (<i>Claas/Van Tongeren</i>) | 73, 293 |
| HR 26 september 1986, <i>NJ</i> 1987/253 m.nt. M. Scheltema (<i>Staat/Hoffmann-La Roche</i>) | 480 |
| HR 6 februari 1987, <i>NJ</i> 1988/926 m.nt. M. Scheltema (<i>Den Haag/Aral</i>) | 124, 129, 545 |
| HR 27 februari 1987, <i>NJ</i> 1987/584 (<i>Van der Peijl/Erasmus College</i>) | 198 |
| HR 19 juni 1987, <i>NJ</i> 1988/91 m.nt. W.C.L. van der Grinten (<i>IDN/SWU</i>) | 291, 307, 434 |
| HR 6 november 1987, <i>NJ</i> 1988/193 (<i>Pulga TM</i>) | 483 |
| HR 13 november 1987, <i>NJ</i> 1988/210 m.nt. W.C.L. van der Grinten (<i>AGO/NCB</i>) | 100, 198, 204, 226 |
| HR 18 december 1987, <i>NJ</i> 1988/350 (<i>Franzetti/Suikerunie</i>) | 463 |
| HR 18 december 1987, <i>NJ</i> 1988/439 m.nt. W.C.L. van der Grinten (<i>Amro/Bromet</i>) | 14, 162, 614-619, 669, 677, 682 |
| HR 10 augustus 1988, <i>NJ</i> 1989/157 m.nt. W.C.L. van der Grinten (<i>Den Bosch/BVG</i>) | 100 |
| HR 16 september 1988, <i>NJ</i> 1989/505 m.nt. C.J.H. Brunner (<i>Tandartsen II</i>) | 403 |
| HR 4 november 1988, <i>NJ</i> 1989/751 m.nt. C.J.H. Brunner (<i>ABP/Van Stuyvenberg</i>) | 222 |
| HR 4 november 1988, <i>NJ</i> 1989/854 m.nt. C.J.H. Brunner (<i>Schols/Heijnen</i>) | 354 |
| HR 14 april 1989, <i>NJ</i> 1990/712 m.nt. C.J.H. Brunner (<i>Bencki- ser/Staat</i>) | 137 |
| HR 23 juni 1989, <i>NJ</i> 1990/441 (<i>Kennis/Budel</i>) | 335, 470 |
| HR 8 december 1989, <i>NJ</i> 1990/778 m.nt. C.J.H. Brunner (<i>Vrieling/Ruröde</i>) | 409 |
| HR 26 januari 1990, <i>NJ</i> 1991/393 m.nt. M. Scheltema (<i>Wind- mill</i>) | 138, 522, 527, 528 |
| HR 2 februari 1990, <i>NJ</i> 1991/292 m.nt. C.J.H. Brunner (<i>Vermaat/Staat</i>) | 335, 470 |
| HR 25 mei 1990, <i>NJ</i> 1990/577 (<i>Boukes/Schuurmans</i>) | 198, 226 |
| HR 2 november 1990, <i>NJ</i> 1991/24 (<i>Van Dijk/Beter Wonen</i>) | 216, 217 |
| HR 7 december 1990, <i>NJ</i> 1991/474 m.nt. E.A.A. Luijten (<i>SHV/Nauta</i>) | 123, 174, 541, 542 |
| HR 7 december 1990, <i>NJ</i> 1991/596 | 701 |
| HR 19 april 1991, <i>NJ</i> 1991/690 m.nt. P.A. Stein (<i>FNV/Kip</i>) | 529 |
| HR 3 mei 1991, <i>NJ</i> 1991/476 (<i>De Jong/Van Tol</i>) | 354 |
| HR 8 november 1991, <i>NJ</i> 1993/609 m.nt. J.C. Schultsz (<i>Brouwersgracht</i>) | 627 |

| | |
|---|-----------------------------------|
| HR 24 januari 1992, <i>NJ</i> 1992/280 (<i>Van Aken/Heideman</i>) | 685 |
| HR 1 juli 1992, <i>NJ</i> 1992/711 (<i>Haxe/Schrör</i>) | 100 |
| HR 25 september 1992, <i>NJ</i> 1992/751 (<i>Alpuro/Dijkhuizen</i>) | 20, 345 |
| HR 9 oktober 1992, <i>NJ</i> 1994/286 t/m 289 m.nt. C.J.H. Brunner (<i>Maassluis/Van Bergen</i>) | 680 |
| HR 11 december 1992, <i>NJ</i> 1994/639 m.nt. M. Scheltema (<i>Vlissingen/Rize Denizcilik</i>) | 138, 140, 522, 523, 525, 527, 711 |
| HR 18 december 1992, <i>NJ</i> 1994/91 m.nt. E.A.A. Luijten (<i>Dicky Trading I</i>) | 5, 165, 210, 228, 345 |
| HR 25 juni 1993, <i>NJ</i> 1993/686 m.nt. P.A. Stein (<i>Cijsouw/De Schelde I</i>) | 159, 162, 351, 393, 421 |
| HR 1 juli 1993, <i>NJ</i> 1993/667 m.nt. P.A. Stein (<i>Nuts/Hofman</i>) | 5, 165, 345, 375, 421, 424 |
| HR 29 oktober 1993, <i>NJ</i> 1994/108 (<i>Blok/Vara</i>) | 73, 293, 320, 332 |
| HR 18 februari 1994, <i>NJ</i> 1995/718 m.nt. M. Scheltema (<i>Staat/Kabayel</i>) | 137 |
| HR 22 april 1994, <i>NJ</i> 1994/624 m.nt. C.J.H. Brunner (<i>Taxus-struik</i>) | 66, 478, 707, 720 |
| HR 30 september 1994, <i>NJ</i> 1996/196 m.nt. C.J.H. Brunner (<i>Staat/Shell</i>) | 358 |
| HR 14 oktober 1994, <i>NJ</i> 1995/720 m.nt. M. Scheltema (<i>Staat/August de Meijer</i>) | 523 |
| HR 2 december 1994, <i>NJ</i> 1995/288 m.nt. J.M.M. Maeijer (<i>Poot/ABP</i>) | 143, 528, 712 |
| HR 13 januari 1995, <i>NJ</i> 1997/175 m.nt. C.J.H. Brunner (<i>De Heel/Korver</i>) | 221 |
| HR 17 februari 1995, <i>NJ</i> 1996/471 m.nt. W.M. Kleijn (<i>Mulder q.q./CLBN</i>) | 620 |
| HR 31 maart 1995, <i>NJ</i> 1997/592 m.nt. C.J.H. Brunner (<i>Taams/Boudeling</i>) | 121, 174, 539, 541, 716 |
| HR 12 mei 1995, <i>NJ</i> 1996/118 m.nt. J. de Boer (<i>'t Ruige Veld/Univé</i>) | 227, 271 |
| HR 6 oktober 1995, <i>NJ</i> 1998/190 m.nt. C.J.H. Brunner (<i>Turnster</i>) | 221 |
| HR 29 november 1996, <i>NJ</i> 1997/178 (<i>Cri Cri</i>) | 528 |
| HR 6 december 1996, <i>NJ</i> 1997/219 (<i>Du Pont/Hermans</i>) | 631 |
| HR 21 februari 1997, <i>NJ</i> 1999/145 m.nt. C.J.H. Brunner (<i>Wrongful birth</i>) | 5, 165, 345 |
| HR 4 april 1997, <i>NJ</i> 1997/509 m.nt. D.W.F. Verkade (<i>SNS/Combigames</i>) | 406 |
| HR 2 mei 1997, <i>NJ</i> 1997/662 m.nt. J.M.M. Maeijer (<i>Kip/Rabobank</i>) | 529 |
| HR 27 februari 1998, <i>NJ</i> 1998/417 (<i>Misbruik door broer</i>) | 5, 165, 345 |
| HR 8 mei 1998, <i>NJ</i> 1998/890 m.nt. A.R. Bloembergen (<i>Staat/Lenger en Deloitte & Touche</i>) | 138, 140, 527 |

| | |
|--|--------------------------|
| HR 18 september 1998, <i>NJ</i> 1999/69 m.nt. A.R. Bloembergen (<i>Luykx/Bastiaansen</i>) | 354 |
| HR 2 oktober 1998, <i>NJ</i> 1998/831 (<i>Nacap/Shellfish</i>) | 26 |
| HR 2 oktober 1998, <i>NJ</i> 1999/683 m.nt. J.B.M. Vranken (<i>Cijsouw/De Schelde II</i>) | 393, 421 |
| HR 28 mei 1999, <i>NJ</i> 1999/564 m.nt. A.R. Bloembergen (<i>Johanna Kruidhof</i>) | 559, 572-574, 664 |
| HR 22 oktober 1999, <i>NJ</i> 2000/159 m.nt. A.R. Bloembergen (<i>Koolhaas/Rockwool</i>) | 631 |
| HR 12 november 1999, <i>NJ</i> 2000/222 m.nt. A.R. Bloembergen (<i>Heijmans/Staat</i>) | 619, 669 |
| HR 7 januari 2000, <i>NJ</i> 2000/212 m.nt. M.M. Mendel (<i>Natio- nale-Nederlanden/Woudsend</i>) | 671 |
| HR 21 januari 2000, <i>NJ</i> 2000/533 m.nt. K.F. Haak (<i>Hudson- gracht</i>) | 627 |
| HR 11 februari 2000, <i>NJ</i> 2000/275 (<i>De Preter/Van Uitert</i>) | 651 |
| HR 28 april 2000, <i>NJ</i> 2000/690 m.nt. A.R. Bloembergen (<i>Dordrecht/Stokvast</i>) | 624, 661, 662, 664 |
| HR 26 mei 2000, <i>NJ</i> 2000/671 m.nt. D.W.F. Verkade (<i>Cassina/ Jacobs Meubelen</i>) | 259, 354, 685 |
| HR 16 juni 2000, <i>NJ</i> 2000/584 m.nt. C.J.H. Brunner (<i>Sint Willibrord/V.</i>) | 5, 165, 227, 271, 345 |
| HR 3 november 2000, <i>NJ</i> 2001/108 m.nt. A.R. Bloembergen (<i>EBS/Groenewegen Agro</i>) | 291, 307, 434, 440 |
| HR 24 november 2000, <i>NJ</i> 2001/195 m.nt. A.R. Bloembergen (<i>'Zwarte' neveninkomsten</i>) | 129, 319, 545, 717 |
| HR 15 juni 2001, <i>NJ</i> 2001/573 m.nt. J.M.M. Maeijer (<i>Chips- hol</i>) | 143, 528, 712 |
| HR 26 oktober 2001, <i>NJ</i> 2002/216 m.nt. J.B.M. Vranken (<i>Oogmerk</i>) | 340, 714 |
| HR 7 december 2001, <i>NJ</i> 2002/576 m.nt. J.B.M. Vranken (<i>Leeuwarden/Los</i>) | 335, 470, 602 |
| HR 22 februari 2002, <i>NJ</i> 2002/240 m.nt. J.B.M. Vranken (<i>Taxibus</i>) | 155 |
| HR 8 maart 2002, <i>NJ</i> 2003/372 m.nt. K.F. Haak (<i>Staat/KMT</i>) | 523 |
| HR 26 april 2002, <i>NJ</i> 2004/210 m.nt. J. Hijma (<i>Sparrow/Van Beukering</i>) | 629 |
| HR 29 november 2002, <i>NJ</i> 2003/549 m.nt. J.B.M. Vranken (<i>Legionella</i>) | 159, 162, 394 |
| HR 29 november 2002, <i>NJ</i> 2004/304 (<i>Lekkende tankcontai- ner</i>) | 346 |
| HR 31 maart 2003, <i>NJ</i> 2003/360 (<i>Landelijk instituut sociale verzekeringen/D.</i>) | 139, 523 |
| HR 9 mei 2003, <i>NJ</i> 2005/168 m.nt. W.D.H. Asser (<i>Beliën/ Noord-Brabant</i>) | 517 |
| HR 6 juni 2003, <i>NJ</i> 2003/504 m.nt. J.B.M. Vranken (<i>Krüter- van de Pol/Wilton-Fijenoord</i>) | 573 |

| | |
|---|---|
| HR 19 december 2003, <i>NJ</i> 2004/348 (<i>Onrechtmatige vervolging</i>) | 110, 232 |
| HR 19 december 2003, <i>S&S</i> 2006/61 (<i>Isla de la Plata</i>) | 627 |
| HR 30 januari 2004, <i>NJ</i> 2004/197 (<i>H./Ontvanger</i>) | 527 |
| HR 12 maart 2004, <i>NJ</i> 2009/549 m.nt. P.B. Hugenholtz (<i>XS4all/Ab.Fab</i>) | 66 |
| HR 7 mei 2004, <i>NJ</i> 2006/281 m.nt. J. Hijma (<i>Duwbak Linda</i>) | 27, 109, 133, 134, 271, 278-281, 284 |
| HR 25 juni 2004, <i>NJ</i> 2004/605 (<i>Haarlemmerliede/Walbron</i>) | 632, 644 |
| HR 24 september 2004, <i>NJ</i> 2008/587 m.nt. C.E. du Perron (<i>Vleesmeesters/Alog</i>) | 4, 607, 608, 609, 610, 611, 676, 677, 682 |
| HR 14 januari 2005, <i>NJ</i> 2007/481 (<i>Ahold/Staat</i>) | 657 |
| HR 18 maart 2005, <i>NJ</i> 2006/606 m.nt. J.B.M. Vranken (<i>Baby Kelly</i>) | 5, 165, 319, 345, 346 |
| HR 4 april 2005, <i>NJ</i> 2005/445 m.nt. C.J.H. Brunner (<i>Esso/Alberts en Bartol</i>) | 557, 566, 623, 624, 642, 662, 663, 719 |
| HR 14 oktober 2005, <i>NJ</i> 2007/270 (<i>Unocal/Conoco</i>) | 66, 354 |
| HR 24 maart 2006, <i>NJ</i> 2007/377 m.nt. C.J.H. Brunner (<i>Geldermalsen/Plameco</i>) | 623, 669 |
| HR 7 april 2006, <i>NJ</i> 2006/244 (<i>Bildtpollen/Miedema</i>) | 283 |
| HR 24 april 2006, <i>NJ</i> 2009/485 m.nt. M.R. Mok (<i>Pfizer/Cosmétique</i>) | 109, 403 |
| HR 13 oktober 2006, <i>NJ</i> 2008/527 m.nt. C.C. van Dam (<i>DNB/Vie d'Or</i>) | 109 |
| HR 13 oktober 2006, <i>NJ</i> 2007/187 m.nt. M.R. Mok, <i>AB</i> 2007/270 m.nt. G.A. van der Veen (<i>Enschede/Gerridzen</i>) | 446 |
| HR 10 november 2006, <i>NJ</i> 2008/491 m.nt. J.B.M. Vranken (<i>Astrazeneca/Amicon</i>) | 4, 109, 397, 402, 405, 427, 707 |
| HR 16 februari 2007, <i>NJ</i> 2007/256 m.nt. J.M.M. Maeijer (<i>Tuin Beheer</i>) | 143, 528, 712 |
| HR 23 februari 2007, <i>NJ</i> 2008/492 m.nt. J.B.M. Vranken (<i>Io Vivat</i>) | 121, 122, 539, 540, 541, 542 |
| HR 13 april 2007, <i>NJ</i> 2008/576 m.nt. J.B.M. Vranken (<i>Iraanse vluchtelingen</i>) | 372, 397 |
| HR 29 juni 2007, <i>NJ</i> 2007/353 (<i>Waterschappen/Milieutech Beheer</i>) | 340, 715 |
| HR 13 juli 2007, <i>NJ</i> 2007/504 m.nt. M.R. Mok (<i>Barneveld/Gasunie</i>) | 271, 398, 400 |
| HR 2 november 2007, <i>NJ</i> 2008/5 m.nt. J.M.M. Maeijer (<i>Kessock/S.F.T. Bank</i>) | 529 |
| HR 25 april 2008, <i>NJ</i> 2008/262 (<i>Frieslandhal</i>) | 20, 203, 232, 235, 349, 496, 602, 603 |

| | |
|--|--|
| HR 27 juni 2008, NJ 2010/83 (<i>Moerings/Mol</i>) | 630 |
| HR 5 december 2008, NJ 2009/387 m.nt. J.B.M. Vranken (<i>Rijnstate/Reuvers</i>) | 572, 573, 574, 650, 657, 664 |
| HR 19 december 2008, NJ 2009/146 m.nt. M.R. Mok (<i>Hoogland/Gemeente Rotterdam</i>) | 446, 447, 449 |
| HR 5 juni 2009, NJ 2012/182 m.nt. J.B.M. Vranken (<i>De Treek/Dexia</i>) | 5, 165, 345 |
| HR 9 oktober 2009, NJ 2010/387 m.nt. J.B.M. Vranken (<i>Kleijnen/Reaal</i>) | 714 |
| HR 27 november 2009, NJ 2014/210 m.nt. C.E. du Perron (<i>World Online</i>) | 340 |
| HR 4 december 2009, NJ 2010/67 m.nt. M.R. Mok (<i>Nabbe/Staalbankiers</i>) | 430, 455, 471 |
| HR 9 juli 2010, NJ 2010/403 (<i>Engineering Design Documentation Services/Electronic Data Systems Corporation</i>) | 137 |
| HR 9 juli 2010, NJ 2010/557 m.nt. M.M. Mendel (<i>RVS/Scheldebouw</i>) | 671 |
| HR 9 juli 2010, NJ 2012/194 m.nt. C.E. du Perron (<i>Snouckaert/Reinders</i>) | 615 |
| HR 17 september 2010, NJ 2011/88 m.nt. P. van Schilfgaarde (<i>De Bank Nederlandse Antillen/Veen q.q.</i>) | 283 |
| HR 1 oktober 2010, NJ 2013/81 m.nt. T. Hartlief (<i>Verhaeg/Jenniskens</i>) | 248, 535, 673 |
| HR 8 oktober 2010, NJ 2011/465 m.nt. T. Hartlief (<i>Hangmat</i>) | 117, 124, 412 |
| HR 22 oktober 2010, NJ 2011/6 (<i>Eindhoven/Van Ingen q.q.</i>) | 133, 269 |
| HR 17 december 2010, NJ 2012/155 m.nt. T. Hartlief (<i>Hoogheemraadschap Amstel/Ronde Venen</i>) | 236, 364 |
| HR 4 februari 2011, NJ 2011/69 (<i>Amlin/Deutz</i>) | 631 |
| HR 25 maart 2011, NJ 2011/139 (<i>X/Hoogheemraadschap Rijnland</i>) | 110, 198, 232, 523, 704 |
| HR 29 april 2011, NJ 2011/191 (<i>Bouwcombinatie BR-4/Liander</i>) | 3, 110, 192, 235 |
| HR 8 juli 2011, NJ 2011/477 m.nt. J.W. Zwemmer (<i>Intertrust/Ontvanger</i>) | 110, 139, 175, 517, 527 |
| HR 8 juli 2011, NJ 2012/684 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (<i>G4 Beheer/Hanzevast</i>) | 591 |
| HR 2 september 2011, NJ 2011/392 (<i>Afvaloven Nee/OMRIN</i>) | 291, 307, 434 |
| HR 6 oktober 2011, NJ 2012/405 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (<i>Van den Hoek/Pots</i>) | 435 |
| HR 23 december 2011, NJ 2012/377 m.nt. P. van Schilfgaarde (<i>V. en P./DNB en AFM</i>) | 73, 456 |
| HR 20 januari 2012, NJ 2012/59 (<i>Wierts/Visseren</i>) | 4, 590, 591, 592, 593, 630, 668, 669, 676, 677 |
| HR 6 april 2012, NJ 2016/196 m.nt. C.E. du Perron (<i>ASR/Achmea</i>) | 671 |

| | |
|--|---|
| HR 6 april 2012, <i>NJ 2012/233 (Duka/Achmea)</i> | 340, 715 |
| HR 20 april 2012, <i>NJ 2012/262 (Trafigura/Staat)</i> | 457 |
| HR 26 oktober 2012, <i>NJ 2013/219 m.nt. M.M. Mendel (Reaal/Athlon)</i> | 567, 622, 657 |
| HR 21 december 2012, <i>NJ 2013/237 m.nt. S.D. Lindenbergh (Deloitte/Hassink)</i> | 286 |
| HR 11 januari 2013, <i>NJ 2013/47 (Amsterdam/Have)</i> | 73, 133, 269, 277, 280, 320, 456, 471 |
| HR 22 februari 2013, <i>ECLI:NL:HR:2013:BY6104 (Handelskwekerij B&L/Green Works International)</i> | 129, 545 |
| HR 1 maart 2013, <i>NJ 2013/142 (Greenib Car/Van Dam)</i> | 467 |
| HR 19 april 2013, <i>NJ 2013/239 (Alheembouw/HDI-Gerling)</i> | 255 |
| HR 6 september 2013, <i>NJ 2014/176 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (Van Uden/NBG Finance)</i> | 340 |
| HR 22 november 2013, <i>RvdW 2013/1390 (Assurantietussenpersoon)</i> | 20 |
| HR 20 december 2013, <i>NJ 2014/35 (M./UWV)</i> | 216 |
| HR 3 oktober 2014, <i>NJ 2014/429 (Swinkels/Saint-Gobain)</i> | 110, 192, 198, 199, 201, 213, 216, 349, 501 |
| HR 21 november 2014, <i>NJ 2015/217 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (Band/AFM)</i> | 283 |
| HR 12 december 2014, <i>NJ 2015/366 m.nt. S.D. Lindenbergh (Achmea/Staat)</i> | 485, 523, 645 |
| HR 22 mei 2015, <i>RvdW 2015/675 (Witlox Van den Boomen Accountants/Wahring Consult)</i> | 73, 293, 320, 458, 471 |
| HR 12 juni 2015, <i>NJ 2016/380 m.nt. H.B. Krans (K./Rabobank)</i> | 340, 715 |
| HR 10 juli 2015, <i>NJ 2015/441 m.nt. K.F. Haak (Staat/Van der Schalk)</i> | 523 |
| HR 29 januari 2016, <i>NJ 2016/173 m.nt. T. Hartlief (Manegepaard Imagine)</i> | 124, 412 |
| HR 3 juni 2016, <i>NJ 2016/291 (Hengelo/Wevers)</i> | 73, 293, 322, 445, 448 |
| HR 24 juni 2016, <i>NJ 2017/139 m.nt. S.D. Lindenbergh (Staat/Neerijnen)</i> | 523, 524 |
| HR 24 juni 2016, <i>NJ 2016/302 (Deere/Moram)</i> | 24 |
| HR 8 juli 2016, <i>NJ 2017/262 m.nt. S.D. Lindenbergh en J.S. Kortmann (Tennet/ABB)</i> | 24, 107 |
| HR 7 oktober 2016, <i>NJ 2017/73 m.nt. J. Spier (Vennemans/Nijmegen)</i> | 236, 364 |
| HR 23 december 2016, <i>NJ 2017/133 m.nt. S.D. Lindenbergh (Baby Esther)</i> | 326 |

| | |
|---|--|
| HR 6 januari 2017, <i>NJ</i> 2017/62 (<i>UWV/X</i>) | 73, 291, 293, 320, 322, 327, 328, 333, 336, 337, 448, 449 |
| HR 13 januari 2017, <i>NJ</i> 2017/48 (<i>Daf/Achmea</i>) | 631 |
| HR 3 februari 2017, <i>NJ</i> 2017/146 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (<i>Dexia/A.</i>) | 24 |
| HR 10 februari 2017, <i>NJ</i> 2017/134 m.nt. S.D. Lindenbergh (<i>Donata/New India Assurance</i>) | 567, 622, 650, 655, 657 |
| HR 10 februari 2017, <i>NJ</i> 2018/115 (<i>Avi/Van Adrighem</i>) | 22, 198, 226, 239, 516 |
| HR 14 februari 2017, <i>NJ</i> 2017/140 m.nt. S.D. Lindenbergh (<i>Valse aangifte</i>) | 139, 140, 523, 525, 711 |
| HR 31 maart 2017, <i>NJ</i> 2018/142 (<i>Vossenbergh Kranenpool/ Eshuis en Ubbens q.q.</i>) | 685 |
| HR 2 juni 2017, <i>NJ</i> 2017/372 m.nt. J. Spier (<i>J./Staat</i>) | 283 |
| HR 16 juni 2017, <i>NJ</i> 2017/265 (<i>Deve Pluimveebedrijf/B.</i>) | 291, 307, 434 |
| HR 14 juli 2017, <i>NJ</i> 2017/364 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (<i>X/ Compaan</i>) | 4, 676 |
| HR 14 juli 2017, <i>NJ</i> 2017/467 m.nt. J. Spier (<i>JMV Spoorweg- veiligheid/Zurich</i>) | 283 |
| HR 15 september 2017, <i>NJ</i> 2018/164 m.nt. S.D. Lindenbergh (<i>De Alternatieve/Van Eendenburg</i>) | 340, 715 |
| HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3231 (<i>UWV/ Belfor</i>) | 273 |
| HR 29 juni 2018, <i>NJ</i> 2018/294 | 24 |
| HR 12 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1899 (<i>X/Gilze en Rijen</i>) | 143, 528, 632, 712 |
| HR 19 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1973 (<i>Energyclaim/ Staat</i>) | 398 |
| HR 21 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2385 (<i>Rabo- bank/X</i>) | 340 |
| HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:354 (<i>Boskalis/ Zuid-Holland</i>) | 328, 329 |
| HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278 (<i>X/NAM</i>) | 5, 20, 166, 232, 236, 650, 657, 661 |
| HR 20 september 2019, ECLI:NL:HR:2019:1409 (Schietinci- dent Alphen aan den Rijn) | 109, 271, 281, 347 |

Afdeling Bestuursrechtspraak Raad van State

| | |
|---|----------|
| ABRvS 1 september 2004, <i>JB</i> 2004/353 m.nt. R.J.N. Schlös- sels (<i>Nieuwegein</i>) | 443 |
| ABRvS 15 december 2004, <i>JB</i> 2005/58 m.nt. R.J.N. Schlössels (<i>Lange Raarberg</i>) | 443, 444 |
| ABRvS 15 december 2004, <i>Gst.</i> 2005/75 (<i>Ameland</i>) | 443, 444 |

| | |
|--|-----|
| ABRvS 29 september 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AR2885 (<i>Marktverordening Oud-West</i>) | 443 |
| ABRvS 30 maart 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP9568 2011/634 (<i>Schakelstation</i>) | 443 |
| ABRvS 26 november 2015, ECLI:NL:RVS:2014:4316 | 443 |
| ABRvS 28 december 2016, <i>Gst.</i> 2017/51 m.nt. R.D. Boesveld (<i>Biolicious/Amsterdam</i>) | 445 |
| ABRvS 25 januari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:162 (<i>MCR/ Culemborg</i>) | 445 |

Gerechtshoven

| | |
|---|---------------|
| Hof 's-Hertogenbosch 6 juni 1944, <i>NJ</i> 1944/45/623 | 291 |
| Hof 's-Hertogenbosch 3 maart 1959, <i>NJ</i> 1959/545 | 403 |
| Hof Amsterdam 3 december 1959, <i>NJ</i> 1960/501 (<i>N.V. Neder- landse Spoorwegen/Jansen</i>) | 301 |
| Hof Amsterdam 20 juli 1961, <i>S&S</i> 1962/11 | 627 |
| Hof Den Haag 21 oktober 1964, <i>S&S</i> 1966/12 | 627 |
| Hof Arnhem 2 september 2003, <i>NJF</i> 2003/60 (<i>De Nationale Sporttotalisator/Ladbrokes</i>) | 403 |
| Hof Amsterdam 16 december 2004, <i>NJF</i> 2005/156 (<i>Star- games/De Stichting Exploitatie Nederlandse Staatsloterij</i>) | 403 |
| Hof Arnhem 7 februari 2006, <i>JOR</i> 2006/78 m.nt. C.M. Grundmann-van de Krol (<i>Van Dop/Klaassen</i>) | 435, 439 |
| Hof 's-Hertogenbosch 11 april 2006, <i>NJ</i> 2006/438 (<i>Huisart- sen</i>) | 404 |
| Hof Arnhem 1 maart 2011, <i>NJF</i> 2011/188 (<i>J./Executive Home Rentals</i>) | 371, 466 |
| Hof Den Haag 26 maart 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:1494 (<i>PermX</i>) | 20 |
| Hof 's-Hertogenbosch 14 januari 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:21 (<i>Gispro</i>) | 373, 419, 720 |
| Hof 's-Hertogenbosch 4 november 2014, <i>RCR</i> 2015/11 (<i>Natuursteenbedrijf/Transcarbo</i>) | 590 |
| Hof Den Haag 27 maart 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:541 | 283 |

Rechtbanken

| | |
|---|----------|
| Rb. Middelburg 30 november 1898, <i>W</i> 7211 (<i>Blauwhoeden- veem/Kenres en De Keersmaecker</i>) | 45 |
| Rb. Amsterdam 6 oktober 1913, <i>NJ</i> 1913/1232 (<i>Amsterdam- sche Rijtuigmaatschappij/Peters</i>) | 71 |
| Pres. Rb. Arnhem 22 februari 1989, <i>BIE</i> 1991/18 m.nt. C. van Nispen (<i>Anti-Rookkuur</i>) | 123, 542 |
| Rb. Utrecht 31 juli 2003, <i>NJF</i> 2003/19 (<i>De Nationale Stich- ting tot Exploitatie van Casinospelen in Nederland/Peak Entertainment</i>) | 403 |

| | |
|---|-----|
| Rb. Leeuwarden 3 december 2003, <i>NJ</i> 2004/191 (<i>Orde van Advocaten/Rechtsbijstand Friesland</i>) | 403 |
| Rb. Almelo 25 oktober 2005, <i>NJF</i> 2006/43 (<i>Sesam/Vredestein Banden</i>) | 485 |
| Rb. Den Haag 25 april 2012, <i>NJF</i> 2012/260 | 372 |
| Rb. Amsterdam 7 mei 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:2260 | 414 |
| Rb. Den Haag 4 februari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:1061 | 283 |

Kantongerechten

| | |
|--|-----|
| Ktr. Groningen 18 februari 1882, <i>W</i> 4805 (<i>Elzer/Mr. P.L.d. G.</i>) | 45 |
| Ktr. Zwolle 5 december 2000, ECLI:NL:KTGZWO:2000:AB1449 (<i>Salmonella ijsje</i>) | 376 |

Duitse rechtspraak

| | |
|---|-----|
| RG 4 november 1891, <i>RGZ</i> 28, 159 | 379 |
| RG 15 februari 1913, <i>RGZ</i> 81, 359 | 56 |
| RG 13 oktober 1922, <i>RGZ</i> 105, 264 | 501 |
| RG 29 maart 1938, <i>JW</i> 1938, 1959 | 312 |
| BGH 23 oktober 1951, <i>BGHZ</i> 3, 261 | 56 |
| BGH 24 april 1952, <i>NJW</i> 1952, 1010 | 514 |
| BGH 25 september 1957, <i>BGHSt</i> 11, 1 | 301 |
| BGH 21 februari 1961, <i>VersR</i> 1961, 465 | 486 |
| BGH 15 december 1970, <i>BGHZ</i> 55, 86, <i>NJW</i> 1971, 506 | 505 |
| BGH 13 juli 1971, <i>BGHZ</i> 57, 25, <i>NJW</i> 1971, 1980 | 704 |
| BGH 16 februari 1972, <i>BGHZ</i> 58, 162, <i>NJW</i> 1972, 904 | 156 |
| BGH 14 oktober 1985, <i>BGHZ</i> 96, 157, <i>NJW</i> 1986, 576 | 458 |
| BGH 2 juli 1991, <i>BGHZ</i> 115, 84, <i>NJW</i> 1991, 2568 | 156 |
| BGH 10 december 1996, <i>NJW</i> 1997, 865 | 501 |
| BGH 9 december 2014, <i>NJW</i> 2015, 1174 | 485 |
| OLG Frankfurt 16 mei 2011, <i>BeckRS</i> 2011, 14474 | 372 |

Oostenrijkse rechtspraak

| | |
|--|-----|
| OGH 15 juli 1981 ECLI:AT:OGH0002:1981:0010OB00035.8.0715.000 (<i>Glashaus</i>) | 457 |
|--|-----|

Engelse rechtspraak

| | |
|--|---------------|
| <i>Hadley v. Baxendale</i> [1854] 9 Ex 341 | 423 |
| <i>HMS London</i> [1914] P. 72 | 501 |
| <i>Harnett v. Bond</i> [1925] AC 669 | 482 |
| <i>Harnett v. Fisher</i> [1927] AC 573 | 482 |
| <i>Stansbie v. Troman</i> [1948] 2 KB 48 | 500 |
| <i>Koninklijke Rotterdamsche Lloyd NV v. Western Steamship Co. Ltd. (The Empire Jamaica)</i> [1957] AC 386, [1956] 3 All ER 14 | 313, 435, 439 |

| | |
|---|--------------------|
| <i>Overseas Tankship (UK) Ltd. v. Morts Dock and Engineering Co. Ltd. (The Wagon Mound No. 1)</i> [1961] UKPC 2; [1961] AC 388; [1961] 1 All ER 404 | 484, 709 |
| <i>Wieland v. Cyril Lord Carpets</i> [1969] 3 All ER 1006 | 501 |
| <i>Wroth v. Tyler</i> [1974] Ch 30 | 368 |
| <i>Albacruz v. Albazero (The Albazero)</i> [1977] AC 774 | 558 |
| <i>Junior Books Ltd. v. Veitchi Co. Ltd.</i> [1983] 1 AC 520 | 590 |
| <i>Leigh and Silavan Ltd. v. Aliakmon Shipping Co. Ltd. (The Aliakmon)</i> [1986] AC 785 | 558 |
| <i>St Martins Property Corporation Ltd. v. Sir Robert McAlpine & Sons Ltd.</i> [1994] 1 AC 85 | 558 |
| <i>South Australia Asset Management Corporation v. York Montague Ltd. and Banque Bruxelles Lambert SA v. Eagle Star Insurance Co. Ltd.</i> [1996] UKHL 10 [1997] AC 191 | 212, 420, 430, 455 |

Amerikaanse rechtspraak

| | |
|---|-----|
| <i>Central of Georgia R. Co. v. Price</i> , 106 Ga. 176, 32 SE 77 (1898) | 494 |
| <i>Berry v. Sugar Notch Borough</i> , 191 Pa. 345, 43 A. 240 (1899) | 494 |
| <i>Kelly v. Henry Muhs Co.</i> , 71 NJL 358 (1904) | 391 |
| <i>Balfé v. Kramer</i> , 249 App. Div. 746, 291 NYS 842 (1936) | 494 |
| <i>Draxton v. Katzmarek</i> , 280 NW 288 (1938) | 494 |
| <i>Larrimore v. American National Insurance Co.</i> , 184 Okla. 614, 89 P.2d 340 (1939) | 296 |
| <i>Grain Processing v. American Maize Products, Inc.</i> , 185 F.3d 1341 (Fed. Cir. 1999) | 331 |

Canadese rechtspraak

| | |
|--|-----|
| <i>Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.</i> [1992] 1 SCR | 645 |
|--|-----|

Trefwoordenregister

(Verwezen wordt naar alineanummers)

| | |
|--|------------------|
| Aard van de activiteit | 238-240 |
| Aard van de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust | 219-240 |
| Abstracte en concrete schadebegroting | 650-661 |
| Afgeleide schade | |
| - van een aandeelhouder | 143-146, 528-530 |
| - van een verzekeraar | 147-151, 531-536 |
| Belang | |
| - niet door art. 1401 (oud) BW beschermd | 137 |
| - niet-rechtmatig | 127-131, 544-545 |
| Beoogde bescherming | |
| - kwalitatieve aansprakelijkheden voor personen | 363 |
| - kwalitatieve aansprakelijkheden voor zaken en dieren | 364-365 |
| - ongeschreven normen | 358-361 |
| - subjectieve rechten | 353-355 |
| - verplichtingen uit overeenkomst | 366-376 |
| - wettelijke verplichtingen | 356-357 |
| Besluitenaansprakelijkheid | 441-449 |
| Bewuste roekeloosheid | 701 |
| Conditio sine qua non | 287, 496-498 |
| Correctie-Langemeijer | 401-411 |
| Deelregels van Brunner | 186-190 |
| Draagkracht | 247-248 |
| Drittschadensliquidation | 558 |
| Eigen schuld | 340, 538 |
| Flood gate-argument | 271, 485, 645 |
| Gevolgschade bij wanprestatie | 369-376 |
| Kans | |
| - geen vergroting van de kans op schade | 502-503 |

| | |
|---|---------------------------|
| - vergroting van de kans op schade | 501 |
| Kostenverhaal door de overheid | 136-142, 521-530 |
| Leer | |
| - doorkruisings~ | 136-142, 521-530 |
| - Smits | 63-66, 487-490 |
| - van Demogue-Besier/rechtmatig alternatief | 69-73, 468-469 |
| - van Pothier | 34-37, 422-426 |
| - van schuld aan de schade | 67-68, 487-490 |
| - van adequate veroorzaking | 49-56, 506-508 |
| Mate van schuld | 231-237 |
| Middellijke vertegenwoordiging | 639, 670, 674 |
| Noodzakelijke voorwaarde | 287, 496-498 |
| Normschendend element | 301-303 |
| Onrechtmatige daad | 353-361 |
| Oorzaak | 496-498 |
| Opzet | 701 |
| Pari delicto | 121-126, 539-543 |
| Personenschade | 154, 155, 159, 569-580 |
| Proceskosten | 520, 715 |
| Processuele houding | 499 |
| Rechtmäßiges Alternativverhalten | 297-299 |
| Rechtsinbreuk | 353-355 |
| Relativiteit | |
| - onrechtmatige daad | 61, 62, 79-85 |
| - overeenkomst | 252-253, 688-693 |
| Toevallig veroorzaakte schade | 55-56, 502-503 |
| Tortious aspect causation | 294-296 |
| Transferred loss | 558 |
| Sancties | |
| - buitencontractuele verplichtingen | 257 |
| - contractuele verplichtingen | 252 |
| Schade | |
| - immateriële schade | 229 |
| - in een niet-rechtmatig belang | 127-131, 544-545 |
| - personenschade | 154, 155, 159, 569-580 |
| - verplaatste schade | 583-585 |
| - zaakschade | 227 |
| - zuivere vermogensschade | 228 |
| Schending van een wettelijke plicht | 356-357 |
| Schuld | |
| - aan de schade | 67-68, 487-490 |
| - eigen schuld | 340, 499, 538 |
| - mate van schuld | 231-237 |
| Secundair gelaedeerden | 153-156 |

| | |
|---|---------------------------------|
| Subrogatie | 147-151, 531-536, 670-673 |
| Vergunning | 433-440 |
| Verkeers- en veiligheidsnormen | 221-225 |
| Verplaatsing schade | |
| - aannemer naar opdrachtgever | 586-593 |
| - constructie van de aanspraak op vergoeding van verplaatste schade | 675-697 |
| - kredietnemer naar kredietverlener | 613-620 |
| - opdrachtgever naar feitelijk belanghebbende | 594-598 |
| - verhuurder naar huurder | 599-612 |
| - verkoper naar koper | 621-632 |
| - voorwaarden voor een aanspraak op vergoeding van verplaatste schade | 633-674 |
| Vervangende schadevergoeding | 368 |
| Verwijderdheid van de schade | 215-218 |
| Voorzienbaarheid/waarschijnlijkheid | |
| - van de schade zoals geleden | 197-214 |
| - van schade | 358, 361, 364, 365, 370, 373 |
| Zorgvuldigheidsnorm | |
| - aanvullend | 401-411, 676, 695 |
| - regulier | 358-361 |

Curriculum vitae

Diederik Arnout van der Kooij (1981) behaalde aan de Universiteit Utrecht een propedeusediploma Wiskunde en tegelijkertijd een propedeusediploma Informatica. Vervolgens verkreeg hij van de Technische Universiteit Eindhoven een propedeusediploma Techniek en Maatschappij. Aan de Universiteit van Tilburg studeerde hij daarna Nederlands recht. Sinds augustus 2008 is hij als advocaat in dienst bij Houthoff en sinds oktober 2009 is hij tevens advocaat bij de Hoge Raad. Eind 2013 startte Diederik van der Kooij als buitenpromovendus bij de Erasmus Universiteit Rotterdam.

Publicatieoverzicht

- D.A. van der Kooij, annotatie bij HR 3 oktober 2014 (*Swinkels/Saint-Gobain*), *JA* 2015/15
- D.A. van der Kooij, annotatie bij Rb. Utrecht 17 oktober 2012, *JBPr* 2013/34
- D.A. van der Kooij, 'Proportionele aansprakelijkheid, kansschade en abstracte schadebegroting', in: P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt, F.E. Vermeulen en B.T.M van der Wiel (red.), *Middelen voor Meijer*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 161-174
- P.A. Fruytier, D.A. van der Kooij en B.T.M. van der Wiel, 'Kroniek algemeen deel aansprakelijkheidsrecht 2007-2012', *AV&S* 2012, p. 211-225
- D.A. van der Kooij, 'Schadevergoeding bij ontbinding van een (duur)overeenkomst en Vos/TSN', *MvV* 2011, p. 249-256
- D.A. van der Kooij, annotatie bij Rb. 's-Gravenhage 15 december 2010, *JA* 2011/20

