

RECHT IN ZICHT

In deze rubriek wordt een juridisch vraagstuk uitgelegd aan de hand van een maatschappelijke gebeurtenis. Dit betekent dat een juridisch relevante gebeurtenis wordt gebruikt als kapstok om inzicht te geven in een rechtsonderwerp. Het doel is uitleg, de actualiteit is hulpmiddel. De rubriek is vooral gericht op de beginnende student. De bijdragen worden geschreven op uitnodiging van de redactie.

Een rechtseconomisch perspectief op vallende bloempotten

Louis Visscher*

Juristen zien compensatie, preventie en schadespreiding als de belangrijkste doelstellingen van het onrechtmatiggedaadsrecht, terwijl rechtseconomen de schadevergoeding juist als middel zien waarmee preventie en schadespreiding worden nagestreefd. Aan de hand van een recent ongeval waarbij een vrouw werd gedood door een van een balkon gevallen bloempot, wordt de rechtseconomische analyse van het onrechtmatiggedaadsrecht verduidelijkt. Speciale aandacht gaat uit naar de keuze tussen fout- en risicoaansprakelijkheid, de invulling van de zorgvuldigheidsnorm en het bepalen van de schadevergoeding bij overlijden.

1 INLEIDING

In diverse kranten werd op maandag 29 augustus 2005 melding gemaakt van een merkwaardig en tragisch ongeval dat enkele dagen eerder had plaatsgevonden. Een vrouw die op weg was naar een bewoner van een appartement op de zesde verdieping van een flatgebouw, om met hem te praten over het plaatsen van voorwerpen op een balkon en de eventueel te nemen maatregelen (zoals het plaatsen van windschermen), werd aan het hoofd getroffen door een bloempot die van het balkon van die bewoner was afgewaaid. Enkele dagen later is de vrouw aan haar verwondingen overleden.

Naast de vraag of de eigenaar van de bloempot strafrechtelijk kan worden vervolgd voor dood door schuld of een ander delict (op een website wordt zelfs gesuggereerd dat de man de bloempot opzettelijk heeft laten vallen om van het gezeur van de vrouw af te zijn),¹ kan worden onderzocht of de eigenaar via het privaatrecht kan worden aangesproken tot schadevergoeding. De grondslag van deze vordering wordt gevormd door de onrechtmatige daad van artikel 6:162 BW.

In deze bijdrage wil ik niet primair een juridische analyse van deze casus geven, maar wil ik verduidelijken hoe het onrechtmatiggedaadsrecht rechtseconomisch kan worden geanalyseerd. Hiertoe zal ik in paragraaf 2 die rechtseconomische analyse in algemene bewoordingen uiteenzet-

ten. In paragraaf 3 zal ik enkele specifieke onderwerpen die in de casus voorkomen meer in detail bespreken. Het gaat hier dan ten eerste om de vraag wanneer foutaansprakelijkheid beter is en wanneer risicoaansprakelijkheid, ten tweede om de invulling van de zorgvuldigheidsnorm en ten derde om de berekening van de schadevergoeding bij dodelijk letsel. In paragraaf 4 volgt de conclusie.

*Het zou wenselijk zijn als de buurman
in zijn beslissing om al dan niet te
barbecuen ook rekening houdt met mij*

2 DE RECHTSECONOMISCHE BENADERING VAN HET ONRECHTMATIGEDAADSRECHT IN HET ALGEMEEN

In de rechtseconomie worden begrippen en methoden uit de economische wetenschap toegepast op juridische onderwerpen. Voor het onderwerp van deze bijdrage gaat het om het economische inzicht van het *internaliseren van externe effecten*. Een extern effect is een gevolg van productie of consumptie, dat niet voor rekening komt van de producent of de consument. Als mijn buurman

* Louis Visscher is universitair docent Rechtseconomie aan het Rotterdam Institute of Law and Economics (RILE) van de Erasmus Universiteit Rotterdam. E-mail: visscher@frg.eur.nl.

1 www.pim-fortuyn.nl/pfforum/topic.asp?topic_id=39859񮂰 (laatstelijk geraadpleegd 8 oktober 2005).

's zomers gaat barbecuen, heeft hij een leuke avond, maar zit ik in de rookwolken en heb last van de muziek en het geklets dat tot diep in de nacht doorgaat. Als de buurman geen rekening hoeft te houden met deze nadelige gevolgen voor mij, zal hij gaan barbecuen zo vaak hij het leuk vindt. Vanuit maatschappelijk oogpunt, waar ook mijn belangen een rol spelen, kan het heel goed zijn dat hij te vaak barbecuet, omdat de hinder die ik ondervind wel eens groter kan zijn dan het plezier van hem. Het zou wenselijk zijn als de buurman in zijn beslissing om al dan niet te barbecuen ook rekening houdt met mij. Aangezien we naast elkaar wonen en een goede band met elkaar hebben, zal dat ook wel gebeuren. Hij nodigt mij ook uit, of overlegt even met mij welke avond het beste uitkomt, zodat ik er voor kan zorgen dat ik die avond niet thuis ben. We kunnen gemakkelijk met elkaar overleggen, zodat we het recht niet nodig hebben om tot een oplossing te komen. In de rechtseconomie staat dit idee bekend als het *Coase-theorema*: als de transactiekosten (dus de kosten die gemaakt moeten worden om overeenstemming te bereiken) laag genoeg zijn, kunnen partijen een hinderprobleem zelf oplossen.² Als die transactiekosten echter hoog zijn, kan dit anders zijn. Als het bijvoorbeeld niet om twee burens gaat, maar om een fabriek die schadelijke stoffen uitstoot waar vele omwonenden last van hebben, dan zullen de betrokkenen er waarschijnlijk niet in onderling overleg uit kunnen komen. Via het onrechtmatigedaadsrecht kan er voor worden gezorgd dat de fabriek toch rekening houdt met de belangen van de bewoners: door de fabrikant de resulterende schade van de omwonenden te laten vergoeden, zal hij een afweging maken tussen deze schadevergoeding aan de ene kant en de kosten om de schade te voorkomen aan de andere kant. Als hij bijvoorbeeld middels een filterinstallatie de schade kan vermijden, dan zal hij dat doen als de installatie minder kost dan de omvang van de schade bedraagt. De fabrikant heeft het externe effect *geïnternaliseerd*.

De bovenstaande situatie betrof hinder, maar ook in situaties van gevaarstelling is er sprake van een extern effect. Als ik in mijn auto rijd, veroorzaak ik risico's voor andere verkeersdeelnemers en zij voor mij. Ik kan voorzorgsmaatregelen treffen die de kans op en/of de omvang van de schade ver-

lagen, bijvoorbeeld langzamer rijden, me aan de voorangsregels houden, en geen alcohol drinken voordat ik in de auto stap. Die maatregelen kosten wel tijd, moeite, ergernis enzovoorts. Vanuit rechtseconomische optiek moet er nu een afweging worden gemaakt tussen de kosten van die voorzorgsmaatregelen enerzijds en de invloed ervan op de kans op en/of de omvang van de schade anderzijds. Het is immers niet zinnig om €100 aan zorg uit te geven om daarmee €10 aan schade te voorkomen.

*Er wordt niet gestreefd naar
maximale maar naar optimale
preventie, waar een goede afweging
wordt gemaakt tussen de kosten en
baten van extra zorg*

Hiermee is meteen aangegeven welk doel het onrechtmatigedaadsrecht vanuit rechtseconomische optiek heeft: het minimaliseren van de maatschappelijke kosten van schadeveroorzakende gebeurtenissen.³ Deze kosten bestaan uit (1) de kosten van ongevallen en de kosten van voorzorgsmaatregelen, (2) de invloed die het moeten dragen van de schade heeft op degene die de schade moet dragen en (3) de kosten van het toepassen van het onrechtmatigedaadsrecht. Bij (1) gaat het om *preventie*, want door meer voorzorgsmaatregelen te treffen kan meer schade worden vermeden. Er wordt niet gestreefd naar maximale maar naar optimale preventie, waar een goede afweging wordt gemaakt tussen de kosten en baten van extra zorg. Bij (2) gaat het om de *spreiding* van de schade, want als een bepaalde schade over een grotere groep wordt gespreid, heeft het minder invloed op elk individueel lid van die groep. Bij (3) gaat het om de *systeemkosten*. Alle drie onderdelen zijn niet alleen in de rechtseconomie, maar ook in het recht van groot belang. In de hedendaagse juridische literatuur worden preventie en spreiding van schade als belangrijke doelstellingen van het aansprakelijkheidsrecht gezien.⁴ Ook

2 R.H. Coase, 'The Problem of Social Cost', (3) *Journal of Law and Economics* 1960, p. 1-44. Voor de term 'transactiekosten', zie bijvoorbeeld R.J. Van den Bergh, 'Wat is rechtseconomie?', in: E.H. Hondius, J.J. Schippers & J.J. Siegers (red.), *Rechtseconomie en recht. Kennismaking met een vakgebied in opkomst*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991, p. 22; R.W. Holzhauser en R. Teijl, *Inleiding Rechtseconomie*, Arnhem: Gouda Quint 1995, p. 29.

3 Zie bijvoorbeeld W. Kanning en H.O. Kerkmeester (red.),

Economie en recht, Groningen: Wolters-Noordhoff 2004, p. 183 e.v.

4 Zie bijvoorbeeld T. Hartlief, *Ieder draagt zijn eigen schade. Enige opmerkingen over de fundamente van en ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 1997, p. 17; J.H. Nieuwenhuis, *De ramp op het Pikmeer. Bezwaren tegen de geest van het postmoderne aansprakelijkheidsrecht* (oratie Groningen), Deventer: Kluwer 1997.

wordt steeds meer aandacht gevraagd voor de systeemkosten.⁵ Anders dan in de juridische literatuur vormt het reduceren van de systeemkosten in de rechtseconomie geen doel op zich en wordt de schadevergoeding zelf niet als een doel gezien, maar als een middel om de doelen van preventie en spreading mee na te streven. Rechtseconomen zien het onrechtmatigedaadsrecht dus niet primair als een instrument waarmee iemand die schade heeft geleden (de gelaedeerde) zijn schade vergoed kan krijgen, maar als een instrument waarmee gedragsprikkels voor de toekomst kunnen worden verstrekt.

In het onrechtmatigedaadsrecht bestaan drie afzonderlijke onrechtmatigheidsvormen, te weten een inbreuk op een recht, een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht en een doen of nalaten in strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid (zie art. 6:162 lid 1 BW). In deze bijdrage ga ik verder alleen uit van de zorgvuldigheidsnorm als onrechtmatigheidsgrondslag.

3 DE CASUS RECHTSECONOMISCHE GEANALYSEERD

3.1 *Foutaansprakelijkheid of risicoaansprakelijkheid?*

In het Nederlandse onrechtmatigedaadsrecht bestaat een belangrijk onderscheid tussen twee soorten aansprakelijkheid. Bij de eerste soort, die over het algemeen als schuldaansprakelijkheid wordt aangeduid, kan de schadeveroorzaker (de laedens) alleen aansprakelijk zijn als hij een onrechtmatige daad heeft gepleegd die aan hem kan worden toegerekend (art. 6:162 lid 1 BW). Zo'n toerekenbare onrechtmatige daad wordt aangeduid met de term 'fout'. Volgens lid 3 kan toerekening geschieden op basis van schuld, wet of verkeersopvattingen. Hieruit blijkt reeds dat de term 'schuldaansprakelijkheid' onjuist is, omdat voor toerekenbaarheid niet steeds schuld is vereist. Derhalve spreek ik van 'foutaansprakelijkheid'. Bij de tweede soort, de risicoaansprakelijkheid, is een fout niet vereist en kan iemand ook aansprakelijk zijn als hij niets fout heeft gedaan. Hij wordt bijvoorbeeld aansprakelijk gesteld omdat hij de eigenaar is van een dier dat schade heeft veroorzaakt, en niet omdat hij het dier beter onder controle had moeten houden (zie art. 6:179 BW).

Het verschil tussen fout- en risicoaansprakelijk-

heid is dus, dat het bij risicoaansprakelijkheid niet uitmaakt hoe zorgvuldig de laedens is geweest, terwijl hij bij foutaansprakelijkheid, door zorgvuldig genoeg te zijn, aan aansprakelijkheid kan ontsnappen. Beide soorten aansprakelijkheid kunnen vanuit rechtseconomisch oogpunt de juiste zorgprikkels aan de laedens geven. Als de rechter het nalaten van voorzorgsmaatregelen die minder kosten dan baten met zich meebrengen als maatschappelijk onzorgvuldig bestempelt, dan krijgt de laedens onder foutaansprakelijkheid een prikkel die maatregelen daadwerkelijk te nemen. Als hij dat niet doet, is hij immers aansprakelijk en dat is duurder. Ook bij risicoaansprakelijkheid zal hij deze maatregelen treffen, omdat hij steeds aansprakelijk is en dus alle maatregelen neemt die minder kosten dan ze opleveren. In situaties waar niet alleen de laedens maar ook de gelaedeerde het ongeval kan beïnvloeden, de zogenaamde *bilaterale ongevallen*, moet risicoaansprakelijkheid vergezeld gaan van een eigenschuldverweer, om te voorkomen dat de gelaedeerde zelf onzorgvuldig is omdat hij zijn eventuele schade toch wel vergoed krijgt.

In de rechtseconomie worden factoren onderscheiden die fout- dan wel risicoaansprakelijkheid aantrekkelijker maken. Zo vereist foutaansprakelijkheid meer informatie van de rechter, omdat deze het werkelijke en het vereiste zorgniveau van de laedens moet vaststellen. Bij risicoaansprakelijkheid is dat niet nodig, omdat de laedens daar zelf de afweging tussen de kosten en baten van voorzorg maakt. Daarmee is foutaansprakelijkheid aantrekkelijker als de informatie van de rechter beter is dan die van de gelaedeerde. Vervolgens kan worden gekeken naar het activiteitenniveau. Onder risicoaansprakelijkheid zal de laedens alleen zijn activiteit uitoefenen als deze hem meer waard is dan de volledige kosten ervan (inclusief de verwachte schade). Bij foutaansprakelijkheid daarentegen houdt de laedens geen rekening met die verwachte schade, omdat hij bij voldoende zorg niet aansprakelijk is. Indien het dus belangrijk is om het activiteitenniveau van de laedens te reduceren, is risicoaansprakelijkheid de betere regel. Deze redenering geeft een rechtseconomische onderbouwing aan de risicoaansprakelijkheid voor bijvoorbeeld gevaarlijke stoffen, omdat de verwachte schade hier zelfs bij voldoende zorg nog aanzienlijk kan zijn.⁶ Ook de aansprakelijkheid voor automobilisten bij ongevallen met voetgan-

5 Zie bijvoorbeeld J.M. Barendrecht, 'Aansprakelijkheid en welzijn', *NJB* 2002, p. 616, 617; W.C.T. Weterings, *Efficiëntere en effectievere afwikkeling van letselschadeclaims. Een studie naar schikkingsonderhandelingen in de letselschadepraktijk, normering en geschiloplossing door derden* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 2 e.v.

6 De idee dat het gevaar niet wordt opgeheven door gebruik-

lijke voorzorgsmaatregelen blijkt goed uit de tekst van art. 6:3.2.6 lid 1 van de Vaststellingswet bij art. 6:175 BW: 'De bezitter van een stof waarvan bekend is dat zij zodanige eigenschappen heeft, dat zij een bijzonder gevaar voor personen of zaken oplevert, dat niet door de gebruikelijke voorzorgsmaatregelen wordt opgeheven, is, wanneer dit gevaar zich verwezenlijkt, aansprakelijk (...)' (mijn cursivering, LTV).

gers of fietsers wordt hierop gebaseerd, omdat het belangrijker wordt gevonden het activiteitsniveau van de automobilist te beperken dan dat van de voetganger of fietser. Een derde factor wordt gevormd door de systeemkosten. Bij risicoaansprakelijkheid zijn de zaken eenvoudiger, omdat het al dan niet kunnen aantonen van een fout geen issue is. Daardoor wordt de uitspraak eenvoudiger voorspelbaar en zal er eerder worden geschikt, hetgeen goedkoper is dan procederen. Naar verwachting zijn de systeemkosten dan ook lager bij risicoaansprakelijkheid.

Moet in de bovenstaande zaak een regel van fout- of van risicoaansprakelijkheid worden toegepast? Met name het activiteitsniveau pleit voor risicoaansprakelijkheid, omdat bewoners van flatgebouwen op deze manier steeds aansprakelijk zijn voor schade veroorzaakt door voorwerpen die van hun balkon afvallen. Dit geeft ze een prikkel geen voorwerpen op het balkon te hebben, dan wel deze zodanig te bevestigen dat ze geen gevaar opleveren. Hetzelfde resultaat wordt bereikt onder foutaansprakelijkheid, indien het enkele feit dat het voorwerp van het balkon is afgevallen, voldoende is voor de conclusie dat de eigenaar een fout heeft gemaakt. Indien het echter aan de gelaedeerde is om te bewijzen dat de eigenaar een fout heeft gemaakt, kan het zo zijn dat deze niet in dat bewijs slaagt, zodat de eigenaar niet aansprakelijk is en derhalve te weinig zorg- en activiteitenprikkel krijgt. De omstandigheid dat het hier een ongeval betreft waar de gelaedeerde geen invloed op heeft (een *unilateraal* ongeval dus), versterkt de voorkeur voor risicoaansprakelijkheid.

In het Nederlandse recht zal de gelaedeerde zich echter moeten behelpen met de algemene regel van artikel 6:162 BW. Vallende bloempotten vallen dus niet onder de risicoaansprakelijkheid voor gebrekkige roerende zaken van artikel 6:173 BW. Daarvoor is namelijk een *bijzonder gevaar* voor personen of zaken vereist, en hier is slechts sprake van een *algemeen gevaar*.⁷ Het komt nu dus aan op de wijze waarop de zorgvuldigheidsnorm uit artikel 6:162 BW wordt ingevuld, of de eigenaar van de bloempot aansprakelijk is.

3.2 De invulling van de zorgvuldigheidsnorm

Bestudering van de Nederlandse jurisprudentie laat zien, dat de zorgvuldigheidsnorm wordt vormgegeven op een manier die overeenstemt met de rechtseconomische. De zogenaamde Kelder-

luikcriteria, ontwikkeld in het *Kelderluik*-arrest,⁸ houden immers in dat de (on)zorgvuldigheid van het gedrag wordt bepaald door de kans op ongevallen, de mogelijke omvang van de schade en de kosten van voorzorgsmaatregelen. In de rechtseconomie wordt het optimale zorgniveau bepaald door de kosten van voorzorgsmaatregelen af te wegen tegen de daling in de verwachte schade die erdoor wordt veroorzaakt. Deze afweging staat bekend als de marginale *Hand-formule*, genoemd naar de Amerikaanse rechter Learned Hand die de vraag of een schadeveroorzaker nalatig is geweest, beantwoordde door te onderzoeken of de *burden of precautions* groter of kleiner was dan de verwachte schade, die bestaat uit de vermenigvuldiging van de *accident probability* en de *losses*. Zo lang de kosten van extra voorzorg lager zijn dan de schade die er naar verwachting mee wordt vermeden, is het wenselijk dat die maatregelen worden getroffen. Zodra de extra zorgkosten echter groter worden dan de vermeden schade, hoeft de maatregel niet te worden getroffen.

De Amerikaanse rechtseconoom Mark Grady heeft betoogd dat de rechter niet in eerste instantie de zorgvuldigheidsnorm *in abstracto* bepaalt, om vervolgens te beoordelen of de laedens al dan niet zorgvuldig genoeg is geweest. Het is daarentegen aan de eiser om een specifieke voorzorgsmaatregel voor te stellen die de eiser had kunnen treffen, maar die hij niet heeft getroffen; de zogenaamde *untaken precaution*. De rechter vergelijkt vervolgens de totale kosten bij het werkelijke zorgniveau met die bij de *untaken precaution*, om te beoordelen of de laedens onzorgvuldig is geweest. Deze benadering van de *untaken precaution* past goed in het Nederlandse recht. Zo werd in het reeds aangehaalde *Kelderluik*-arrest de daadwerkelijk getroffen voorzorgsmaatregel (een openstaand kelderluik markeren met drie opgestapelde colakratten) vergeleken met de *untaken precaution* (het luik geheel barricaderen met stoelen). En in het arrest *Ziekenhuis De HeellKorver*⁹ overwoog de Hoge Raad dat het ziekenhuis in een zaak waarin een man die tijdens het ontwaken uit narcose door onrustige bewegingen uit het bed valt en schade lijdt, onzorgvuldig is geweest, door geen onrustbanden of -hekken aan te brengen, terwijl deze maatregelen erg goedkoop zijn.

Toegepast op de casus van de vallende bloempot zijn verschillende voorzorgsmaatregelen denkbaar die weinig bezwaarlijk lijken. Ten eerste kan men besluiten helemaal geen bloempotten op het bal-

7 C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht. Een grensoverschrijdend handboek*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, p. 370; J. Spier e.a., *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer: Kluwer 2000, p. 91. Brunner veronderstelde in zijn noot onder het *Rijdende kraan*-arrest (Hoge Raad 26 maart 1982, *NJ* 1983, 335 (concl. A-G Franx)) dat een bloempot op

de rand van een balkon wel onder de risicoaansprakelijkheid voor roerende zaken zou vallen.

8 Hoge Raad 5 november 1965, *NJ* 1966, 136 (concl. A-G Van Oosten; m.nt. G.J. Scholten).

9 Hoge Raad 13 januari 1995, *NJ* 1997, 175 (concl. A-G Hartkamp; m.nt. Brunner).

kon te hebben, alhoewel dit meer een maatregel is die met het activiteiteniveau te maken heeft dan met het zorgniveau. Vervolgens kan men, zoals in het persbericht over het ongeval ook werd vermeld, windschermen aanbrengen die voorkomen dat de bloempotten van het balkon af kunnen waaien. Een nog minder ingrijpende maatregel lijkt mij om de bloempotten dermate stevig aan het balkon te bevestigen, dat zij niet meer naar beneden *kunnen* vallen. Gezien de mogelijke ernst van de schade die door vallende bloempotten kan worden veroorzaakt, zullen deze voorzorgsmaatregelen naar mijn mening minder kosten dan de schade die ze kunnen voorkomen, zodat het niet treffen van de maatregelen onzorgvuldig is. Het enkele naar beneden vallen van de bloempot impliceert dus al dat de eigenaar de vereiste voorzorgsmaatregelen niet heeft getroffen, zodat zijn gedrag onzorgvuldig is. Onsprakelijkheid is derhalve op haar plaats.

3.3 Schadevergoeding bij overlijden

In de vorige paragraaf is opgemerkt dat de schade bij vallende bloempotten groot kan zijn, omdat ernstig letsel kan ontstaan. In de besproken casus is de gelaedeerde enkele dagen na het ongeval zelfs overleden. Dit werpt de vraag op, hoe de schadevergoeding bij overlijden moet worden vastgesteld. Het is vanuit rechtseconomische optiek immers de dreiging van het moeten betalen van schadevergoeding die de wenselijke gedragsprikkel moet versterken.

Volgens artikel 6:108 BW wordt de schadevergoeding bij overlijden gebaseerd op het gederfde levensonderhoud van een limitatief opgesomde groep personen, alsmede de kosten van lijkbezorging. Aangezien het in de casus om een 65-jarige vrouw ging, is het aannemelijk dat zij niet in het levensonderhoud van een ander voorzag, zodat alleen de kosten van lijkbezorging overblijven. Omdat de vrouw voor overlijden nog enkele dagen in het ziekenhuis heeft gelegen, zal de laedens ook de ziekenhuiskosten moeten vergoeden. Vergoeding van de immateriële schade (pijn, smart, gederfde levensvreugde) is onder de voorwaarden van artikel 6:106 lid 2 BW mogelijk, maar het is niet duidelijk of *in casu* aan die voorwaarden is voldaan.¹⁰

Het moge duidelijk zijn dat in de onderhavige casus de te betalen schadevergoeding veel te laag is om tot een goede afweging tussen de kosten en

baten van voorzorgsmaatregelen te leiden. Maar ook als de gelaedeerde een werkende ouder met jonge kinderen was geweest, zodat er wel degelijk sprake zou zijn van gederfd levensonderhoud, is de schadevergoeding vanuit rechtseconomische optiek te laag. Het probleem is namelijk, dat er geen rekening wordt gehouden met de schade van de overledene zelf, met de waarde die zij aan het leven hechtte.

Mensen nemen allerlei beslissingen waaraan een impliciete afruil tussen geld en veiligheid ten grondslag ligt

In de economische literatuur wordt aandacht besteed aan de zogenaamde 'waarde van een statistisch leven' (WSL).¹¹ Mensen nemen allerlei beslissingen waaraan een impliciete afruil tussen geld en veiligheid ten grondslag ligt, zoals het al dan niet laten installeren van een airbag, rookmelder, brandblusapparaat en dergelijke, het kopen van een gevaarlijk product, hard rijden in de auto, het kiezen van gevaarlijk werk, enzovoorts. Door veel van zulke beslissingen te analyseren, kan er een WSL worden afgeleid. Het gaat hier niet om een 'prijskaartje' dat aan een mensenleven kan worden gehangen, of een exact bedrag dat een mensenleven waard zou zijn, maar om een impliciete afruil die uit een concreet onderzoek blijkt tussen bijvoorbeeld de hoogte van het loon en de risico's van het werk. Uit diverse onderzoeken blijken de gevonden WSL's meestal tussen de \$ 3,8 miljoen en \$ 9,0 miljoen te liggen. De gemiddelde WSL wordt tegenwoordig op ruim \$ 6 miljoen gesteld, dus €5 miljoen. Het moge duidelijk zijn dat dit bedrag in de meeste gevallen veel hoger is dan het gederfde levensonderhoud. Wil de laedens beter worden geconfronteerd met de door hem veroorzaakte schade, zodat hij betere zorg- en activiteitenprikkel krijgt, dan moet de schadevergoeding bij overlijden dus worden verhoogd.

Een probleem is wel, dat de WSL is gebaseerd op de afwegingen die mensen maken ten aanzien van hun eigen veiligheid, en dus niet de vraag beantwoordt hoeveel geld mensen hun nabestaanden willen nalaten. Slechts weinigen zullen immers een levensverzekering van €5 miljoen ten

10 Zie bijvoorbeeld S.D. Lindenbergh, *Smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998, p. 313 e.v.

11 Zie bijvoorbeeld W.K. Viscusi en J.E. Aldy, 'The Value of a Statistical Life: A Critical Review of Market Estimates throughout the World', *Harvard John M. Olin Center for Law, Economics, and Business Discussion Paper Series 11/2002 nr. 392* 2002; C.R. Sunstein, 'Lives, Life-Years, and Willingness to

Pay', *University of Chicago Law & Economics, Olin Working Paper No. 191* 2003; C.R. Sunstein en E.A. Posner, 'Dollars and Death', *University of Chicago Law & Economics Working Paper No. 222* 2004 en J.E. Aldy en W.K. Viscusi, 'Age Variations in Workers' Value of a Statistical Life', *Harvard Law School Discussion Paper No. 468* 2004.

gunste van hun nabestaanden afsluiten. Hoe dit ook zij, het is wel duidelijk dat de schadevergoeding bij overlijden vanuit rechtseconomisch oogpunt op dit moment te laag is om de gewenste gedragsprikkels te verstrekken.

4 CONCLUSIE

In de rechtseconomie worden het voorkomen van schade en het spreiden van de niet-vermeden schade als hoofddoelen van het onrechtmatigedaadsrecht gezien. De dreiging van het moeten betalen van schadevergoeding is het middel waarmee deze doelen worden nagestreefd.

Zowel fout- als risicoaansprakelijkheid kan de wenselijke zorgprikkels geven, maar alleen risicoaansprakelijkheid geeft de laedens prikkels om ook een optimaal activiteitsniveau te hanteren. In unilaterale ongevalssituaties is risicoaansprakelijkheid daarom de wenselijke regel. Het zou daarom goed zijn als mensen die voorwerpen op hun balkon hebben staan, risicoaansprakelijk worden voor de schade die door deze voorwerpen wordt veroorzaakt als zij van het balkon vallen.

Indien onder een regime van foutaansprakelijkheid een fout geacht wordt aanwezig te zijn zodra een voorwerp van het balkon valt, omdat de kosten van het voorkomen van dit soort ongeval-

len steeds lager zijn dan de verwachte schade, dan kan hetzelfde resultaat worden bereikt, maar op een omslachtige manier.

Voor een juiste afweging van zorgkosten en verwachte schade is het nodig dat de schade juist wordt vastgesteld. In de schadevergoeding bij overlijden wordt de waarde die de overledenen aan het leven hechtten niet vergoed, zodat de schadevergoeding vanuit preventief oogpunt veel te laag is. Het zou beter zijn de schadevergoeding te baseren op de waarde van een statistisch leven, die gemiddeld genomen op ongeveer €5 miljoen wordt vastgesteld.

Er zijn veel meer factoren waarmee in de rechtseconomische analyse van het onrechtmatigedaadsrecht rekening kan en moet worden gehouden, zoals mogelijke rechtvaardigings- of schulduitsluitingsgronden, problemen van causaal verband, de vraag of schade concreet of abstract moet worden berekend, de mogelijke rol van het relativiteitsvereiste uit artikel 6:163 BW en de verschillende manieren waarop ontstane schade kan worden gespreid, zoals via schadeverzekeringen of aansprakelijkheidsverzekeringen. De beperkte omvang van deze bijdrage laat een nadere bespreking van deze onderwerpen echter niet toe.¹² Toch hoop ik dat de bespreking van de drie wel behandelde onderwerpen de lezer een beter zicht op de rechtseconomie heeft gegeven. ✎

¹² Zie hiervoor bijvoorbeeld L.T. Visscher, *Een rechtseconomische analyse van het Nederlandse onrechtmatigedaadsrecht* (diss.

Rotterdam), Sl: sn 2005.