

*Rotterdam Institute of Private Law  
Accepted Paper Series*

***Ore Stabit***

*Het Engelse recht verkiest het Latijn als  
leverancier van puntige wijsheden.*

***S.D. Lindenberg<sup>\*</sup>***

*Published in  
A.G. Castermans e.a., Ex Libris Hans Nieuwenhuis,  
Deventer 2009, p. 573-581.*

---

<sup>\*</sup> Hoogleraar privaatrecht Erasmus Universiteit Rotterdam.

*Ore stabit fortis arare placet ore stat*, zo luidt de tekst gekerfd in een bankje in een park in Oxford. Hoewel de locatie de tekst voor zichzelf doet spreken, is de kennis van een doorgewinterde latinist niet toereikend om deze wijsheid te ontcijferen. Het is een spreuk uit het genre appelepap, zoals *Caesar ad liveras perigus assure augur quis*, treffend de culinaire voorkeuren van een Romeinse keizer onder (Hollandse) woorden brengt. Het Latijn lijkt ten onzent zijn serieuze betekenis te hebben verloren: de Engelse taal verdringt het Latijn als leverancier van puntige wijsheden op juridisch gebied.<sup>1</sup>

Opmerkelijk genoeg is dat juist in het Engelse recht anders. Klassieke adagia worden daar nog veelvuldig aangeropen om concrete geschillen tot een oplossing te brengen: *volenti non fit iniuria*, *in pari delicto* en *nemo auditur suam turpitudinem allegans*. Het zijn klassiekers die in het Engelse recht bij voortdurende dienst doen, maar waar zijn zij in het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht gebleven?

De Britse belangstelling voor klassieke adagia laat zich vermoedelijk verklaren door de aard van het rechtstelsel: het Engelse recht heeft bij gebrek aan gecodificeerde rechtsregels waarschijnlijk meer behoefte aan beginselhouvast dan het Nederlandse. In het Nederlandse recht speelt een omgekeerd probleem: hoe kunnen we hetgeen die beginselen dikwijls zo treffend tot uitdrukking brengen terugvinden tot onze geschreven rechtsregels?

Een ogenschijnlijk treurig voorbeeld

*Volenti non fit iniuria* was in essentie het verweer dat Dekker voerde tegen de vordering van Van der Heide die bij het voetbal door diens 'natrappen' een 'groot defect' aan zijn knie had opgelopen. Door deelname aan het spel had Van der Heide immers het risico aanvaard dat hij er niet zonder kleerscheuren (of erger) van af zou komen. De bewoordingen geven goed aan waar het om gaat: door zichzelf vrijwillig in het spel te bewegen aanvaardt de voetballer het risico dat hij het slachtoffer wordt van hetgeen tijdens een dergelijk spel nu eenmaal kan gebeuren. Deze treffende beschrijving van de werkelijkheid moet volgens de regels van het recht evenwel naar de in het Burgerlijk Wetboek voorhanden zijnde gereedschappen worden 'vertaald':

'Noch in het huidige recht, noch in het NBW is er behoefte aan een afzonderlijke rechtsfiguur 'risico-aanvaarding' in de zin van een rechtvaardigingsgrond van eigen aard die de onrechtmatigheid van een gedraging en daarmee ook de aansprakelijkheid opheft. Hetgeen men daarmee beoogt te bereiken gaat immers, naar gelang de aard van het geval, volledig op in enerzijds de vraag of de gedraging in de gegeven omstandigheden jegens de benadeelde als onrechtmatig kan worden aangemerkt en anderzijds die of aan de benadeelde omstandigheden kunnen worden toegerekend die aanleiding kunnen zijn (niet alleen tot vermindering maar ook) tot een vervallen van de vergoedingsplicht naar de maatstaf van art. 6:101 NBW, zoals deze ook naar huidig recht toegepast pleegt te worden.'<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Aldus J.H. Nieuwenhuis, AA 1985, p. 417.

<sup>2</sup> HR 28 juni 1991, NJ 1992, 622 m.nt. C.J.H. Brunner (Dekker/Van der Heide).

Wie dat oppervlakkig leest zou kunnen menen dat ‘risicoaanvaarding’ in het Nederlandse recht een treurig lot beschoren is en in de ban is gedaan. Maar dat staat er niet, en het is ook allerminst waar. De beslissing van de Hoge Raad laat juist zien waar het verschijnsel risicoaanvaarding in het juridische debat een plaats verdient: bij de vraag naar onrechtmatigheid (6:162) en/of de vraag naar eigen schuld (6:101). *Hoe* de aanvaarding van een risico in een concreet geval uitwerkt op de aansprakelijkheid is vers twee. *Dat* er ook in het Nederlandse recht – uiteraard – plaats is voor het beginsel *volenti non fit iniuria* is evident.

### *Volenti* in breder perspectief

Het *volenti*-beginsel raakt meer dan alleen het onrechtmatigedaadsrecht. Jegens wie instemt wordt geen onrecht gepleegd, of: wat wordt gewild is niet onrechtmatig.<sup>3</sup> Dat adagium verenigt twee kernbegrippen uit het verbintenissenrecht: wil en onrechtmatigheid. Het eerste, de wil, vormt de kern van de in het contractenrecht cruciale partijautonomie: partijen zijn in beginsel vrij om te beslissen wat zij wensen en zich daaraan te binden, ook al strekt hen dat tot nadeel.<sup>4</sup> Het tweede, onrechtmatigheid, vormt de kern van het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht.<sup>5</sup> Het begrip *iniuria* heeft inderdaad een buitencontractuele oorsprong in de *Lex Aequilia*, maar in de meer brede betekenis van ‘onrecht’ is het natuurlijk ook in het contractenrecht van betekenis. Kerngedachten uit het contractenrecht kunnen dan ook op het adagium ‘*volenti non fit iniuria*’ worden teruggevoerd: wanneer men door een overeenkomst wordt benadeeld, heeft men dit aan zichzelf te wijten, omdat men het zelf heeft gewild.<sup>6</sup> Voor de leer van *iustum pretium* is daarom in beginsel geen plaats. Het is ook niet voor niets dat het dwalingsleerstuk draait om de vraag of de *wil* zich wel op juiste wijze heeft gevormd.<sup>7</sup> Is dat niet het geval, dan kan immers niet met recht worden volgehouden dat men door zijn wil is gebonden en is het niet redelijk iemand aan zijn gegeven woord te houden.

Wie wil en dienovereenkomstig verklaart (art. 3:33 BW), is dus gebonden, mits de wil op juiste wijze is gevormd, ook wanneer de uitkomst van de transactie uiteindelijk nadelig blijkt. Wie zijn amandelen laat verwijderen, kan zich niet beroepen op schending van zijn recht op lichamelijke integriteit, ook niet als hij na de ingreep ernstige pijn lijdt en het verwijderen hem niet van zijn kwalen heeft afgeholpen. Met de ingreep heeft hij immers willens en wetens ingestemd. Dat *wetens* veronderstelt wel de aanwezigheid van voldoende informatie met betrekking tot de eventuele nadelen: ‘*volens*’ veronderstelt dus ‘*knowledge*’.<sup>8</sup> *Volenti non fit iniuria* heet hier dan ook wel *informed consent*.<sup>9</sup>

<sup>3</sup> Het adagium *volenti non fit iniuria* is terug te voeren op Digesten XLVII. 10, 1, 5: *nulla iniuria est quae in volentem fiat* en wordt zelfs teruggevoerd op Aristoteles’ *Ethica Nicomacheia*, V. IX 6.

<sup>4</sup> Vgl. art. 3:33 BW alsmede J.H. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht*, diss. Leiden, Deventer: Kluwer 1979, p. 6 e.v.

<sup>5</sup> Vgl. art. 6:162 BW.

<sup>6</sup> Asser/Hartkamp 4-II, nr. 42.

<sup>7</sup> Vgl. art. 6:228 BW.

<sup>8</sup> Vooral in het Engelse recht is daarom veel getwist over de vraag onder welke omstandigheden een beroep op *volenti non fit iniuria* aan het aannemen van aansprakelijkheid in de weg staat. Zie bijv. A.J.E. Jaffey, *Volenti non fit iniuria*, *Cambridge Law Journal*, 44 (1), March 1985, p. 87-110.

<sup>9</sup> Vgl. art. 7:448 BW.

De keerzijde daarvan is dat de toestemming niet kan worden geacht zich uit te strekken ten aanzien van datgene waarover men niet is geïnformeerd.

De patiënt met rugklachten die besluit op advies van een neuroloog een herniaoperatie te ondergaan en als gevolg daarvan in een rolstoel belandt doordat zich een klein risico op een complicatie heeft verwezenlijkt waarvoor de neuroloog niet heeft gewaarschuwd, heeft geen aanspraak jegens de arts wegens het ongeoorloofd of foutief uitvoeren van de operatie, maar wel wegens schending van diens informatieplicht. Dat heeft (ernstige) gevolgen voor zijn bewijspositie: hij zal moeten stellen en bij betwisting moeten bewijzen dat hij bij juiste informatie geen toestemming zou hebben gegeven voor de operatie.<sup>10</sup>

Beziet men het adagium *volenti non fit iniuria* in buitencontractuele verhoudingen, dan springt direct in het oog waarom toepassing ervan problematisch is.

Wie naar de tandarts gaat om een kies te laten trekken zal een vordering wegens het toebrengen van letsel zien stranden op de door hem verleende toestemming (*volenti*). Wie zich evenwel op het voetbalveld begeeft en als gevolg van 'gevaarlijk spel' een voortand moet missen, weet wellicht dat hij dat risico nu eenmaal liep bij dit spel, maar hem kan toch bezwaarlijk worden tegengeworpen dat hij in het verlies van zijn tand heeft toegestemd.

Buiten een contractuele verhouding zal niet vaak kunnen worden volgehouden dat iemand daadwerkelijk met een bepaald nadelig gevolg heeft ingestemd en daardoor geen aanspraak heeft uit onrechtmatige daad.

Zo verloor Ten Dam, die na een avondje stappen bij de dronken Geerts in de auto was gestapt waarna Geerts tegen een boom was gereden, niet zijn volledige aanspraak uit onrechtmatige daad.<sup>11</sup> Dronken een verkeersfout maken blijft onrechtmatig, ook jegens de passagier die zich van die dronkenschap bewust was.<sup>12</sup>

Omgekeerd zou men kunnen zeggen dat wie (wel) uitdrukkelijk instemt eigenlijk per definitie een (meerzijdige) rechtshandeling verricht waardoor hij zich contractueel bindt.<sup>13</sup> In gevallen van gevaarzetting zal daarvan zelden sprake zijn. Het enkele nemen van een risico is daarvoor in ieder geval onvoldoende, omdat het nemen van een risico niet inhoudt dat men met de verwezenlijking van het gevolg instemt.<sup>14</sup> Men zal er immers veelal – terecht of ten onrechte – van uit gaan dat het risico zich juist niet zal verwezenlijken. Het is precies om die reden dat het verweer *volenti non fit iniuria* in het onrechtmatigedaadsrecht aan kracht heeft verloren.

<sup>10</sup> Vgl. HR 23 november 2001, *NJ* 2002, 386 en 387, alsmede HR 29 september 2006, *RvdW* 2006, 909.

<sup>11</sup> HR 12 oktober 1992, *NJ* 1992, 620 m.nt. C.J.H. Brunner (Geerts/Ten Dam).

<sup>12</sup> Opvattingen veranderen; zie nog anders: H. Drion, 'Kosteloos meerijden', *VR* 1958, p. 109, die stelt dat toestemming in een dergelijk geval de onrechtmatigheid wegneemt.

<sup>13</sup> Zie daarover uitvoerig Ansgar Ohly, '*Volenti non fit iniuria*' – *Die Einwilligung im Privatrecht*, Mohr Siebeck, *ius privatum* vol. 73, Tübingen 2002.

<sup>14</sup> Om deze reden, en om redenen van '*policy*' is daarom het *volenti*-verweer tegen bijvoorbeeld reddingswerkers die zich in gevaar begeven verworpen. Vgl. *Haynes v. Harwood* [1935] 1 *KB* 146 en *Baker v. Hopkins* [1959] 1 *WLR* 966.

Werd het aanvankelijk in verschillende rechtsstelsels doorgaans aangemerkt als een verweer dat geheel van aansprakelijkheid bevrijdde, langzamerhand blijkt de rechter daarin terughoudender en wordt het voornamelijk nog gezien als argument dat kan leiden tot vermindering van de omvang van de aansprakelijkheid wegens eigen schuld van de benadeelde.

Een sprekend voorbeeld van vormgeving van het verschijnsel risicoaanvaarding via eigen schuld vormt de rechtspraak met betrekking tot ruiters die andermans paard bestijgen en er vervolgens worden afgeworpen. De rechtspraak biedt een vrij constant beeld waarin aan de ruiter 50% eigen schuld wordt toegerekend.<sup>15</sup>

Risicoaanvaarding is dus geen afzonderlijke rechtsfiguur die de aansprakelijkheid per definitie opheft, maar wel een relevant argument in het kader van het oordeel over de onrechtmatigheid en de eigen schuld. Nederland heeft zich daarmee aangesloten bij ontwikkelingen in andere Europese landen, maar ook in de Verenigde Staten, waar 'assumption of risk' pleegt te worden gezien ofwel als een kwestie van 'duty of care' dan wel als een vraag van 'contributory negligence'.

Op de grens van contractenrecht en buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht kan het *volenti*-argument nog op een andere wijze een meer indirecte rol spelen, en wel bij de exoneratie van aansprakelijkheid. Een contractant kan zich vrijtekenen voor aansprakelijkheid als zijn wederpartij bereid is zijn aanspraak op schadevergoeding bij voorbaat prijs te geven. Dat maakt het toebrengen van schade als zodanig niet rechtmatig en er is dus strikt genomen geen sprake van '*volenti non fit iniuria*',<sup>16</sup> maar het resultaat kan wel hetzelfde zijn: een vordering tot schadevergoeding ontbreekt (althans is beperkt). Ook op dit gebied ziet men evenwel, in het bijzonder wanneer het gaat om gevaarzetting met letsel tot gevolg, een ontwikkeling ten gunste van de benadeelde. De regels met betrekking tot aansprakelijkheid voor letsel zijn in verschillende contracten door de wetgever dwingend verklaard. Zo kunnen de arts en de werkgever hun aansprakelijkheid niet contractueel beperken<sup>17</sup> en is in andere landen de beperking van aansprakelijkheid voor letselschade in consumentencontracten hoe dan ook verboden.<sup>18</sup> De consument wordt hier kennelijk geacht zijn wil niet goed te kunnen bepalen, zodat van een '*volenti*' dat van aansprakelijkheid bevrijdt geen sprake kan zijn.

*In pari delicto en nemo auditur*, al even actueel

Als het recht zichzelf serieus neemt, kan het geen bescherming bieden aan degene die zelf onrecht pleegt.

---

<sup>15</sup> Vgl. HR 21 september 2007, *NJ* 2008, 241 m.nt. J.B.M. Vranken, HR 3 oktober 2008, *RvdW* 2008, 916, Rb. Rotterdam 15 februari 2006, *LJN* AY6381 en Rb. Rotterdam 18 februari 2009, *LJN* BH5636.

<sup>16</sup> Het succes van het verweer is dus ook afhankelijk van de geldigheid van (het beroep op) de clausule en niet van de aard van de schadetoebrengende gedraging.

<sup>17</sup> Zie voor de arts art. 7:463 BW en voor de werkgever art. 7:658 lid 3 BW.

<sup>18</sup> Vgl. voor Duitsland par. 309 sub 7 BGB en voor Engeland de Unfair Contract Terms Act 1977. Zie daarover S.D. Lindenbergh, 'Beperking van aansprakelijkheid bij personenschade van de reiziger: techniek en tendens', *AV&S* 2007, p. 88-93.

Dat wordt uitgedrukt in de beginselen *in pari delicto potior est condicio defenditis* (bij gelijke onrechtmatigheid is de positie van de gedaagde sterker)<sup>19</sup> en *nemo auditur suam turpitudinem allegans* (wie zijn eigen onzedelijkheid aanvoert, vindt in rechte geen gehoor). Hoewel ook deze beginselen niet met zoveel woorden in een wetsregel zijn terug te vinden, hebben zij wel degelijk een plaats in het Nederlandse recht.<sup>20</sup>

Zo zag student De Groot, die als commissaris watersport van een studentenvereniging tijdens een zeilweekend gewond raakte door een ontploffende gasfles als gevolg van hevig schommelen, zijn actie jegens de studentenvereniging stranden.<sup>21</sup> Als commissaris watersport was hij zelf verantwoordelijk voor het toezicht op de veiligheid en kon hij het ontbreken van dat toezicht niet aan zijn studentenvereniging tegenwerpen. Het is daarmee eigenlijk een schoolvoorbeeld van de oud-Hollandse pot, die de ketel een verwijt maakt dat hemzelf evenzeer treft.

De *in pari delicto*-gedachte laat zich in het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht het beste aanhechten in de relativiteitsleer: degene die de norm waarvan hij de bescherming inroept zelf schendt, kan aan die norm geen bescherming ontlenen, omdat hij zich ook zelf niet naar die norm heeft gedragen.<sup>22</sup> Het tegendeel zou een inspanning a la Baron von Münchhausen vergen: het zich aan zijn eigen normschending optrekken.

Het *in pari delicto*-beginsel duidt in die zin een bijzondere groep van gevallen aan waarin relativiteit ontbreekt, dat het de fout van de eiser afzet tegen de fout van de gedaagde. Niet de enkele onrechtmatigheid van het gedrag van de benadeelde zelf ontnemt het onrechtmatige karakter aan het gedrag van de gedaagde, maar het feit dat het gaat om schending van *dezelfde* norm als waaraan hij bescherming wenst te ontlenen.<sup>23</sup>

Zo verliest degene die in strijd met de verkeersregels in zijn auto geen veiligheidsgordel draagt niet zijn aanspraak uit onrechtmatige daad jegens de automobilist die hem geen voorrang verleent.

Bij 'ongelijke onrechtmatigheid' in de zin dat de fout van de eiser van een andere aard of orde is, ligt immers toepassing van de eigenschuldregel (art. 6:101 BW) voor de hand. Daarmee kan overigens onder omstandigheden hetzelfde resultaat (geen aansprakelijkheid) worden bereikt.

---

<sup>19</sup> Het beginsel wordt teruggevoerd op D. 12.7.5, D. 12.5.8, D. 3.6.5.1 en C. 4.7.2, aldus R. Feenstra, 'Nemo auditur suam turpitudinem allegans' in J.E. Spruit en M. van de Vrugt, *Brocardica in honorem G.C.J.J. van den Bergh, 22 studies over oude rechtsspreuken*, Deventer: Kluwer 1987, p. 31.

<sup>20</sup> Zie onder meer C.H. Sieburgh, *Toerekening van een onrechtmatige daad*, diss. Groningen, Deventer: Kluwer 2000, p. 55 en *Onrechtmatige daad* (Jansen), art. 162, lid 2, aant. 238.

<sup>21</sup> HR 23 februari 2007, *NJ* 2008, 492 m.nt. J.B.M. Vranken (Io Vivat).

<sup>22</sup> Vgl. art. 6:163 BW en HR 23 februari 2007, *NJ* 2008, 492 m.nt. J.B.M. Vranken (Io Vivat), rov. 3.6.2.

<sup>23</sup> Vgl. HR 4 januari 1963, *NJ* 1964, 434 m.nt. G.J. Scholten (Scholten/Scholten's Aardappelmeelfabrieken): wie zelf aandelen uitgeeft aan stromannen kan zich niet beroepen op onrechtmatigheid van het uitgeven van aandelen aan stromannen door een ander om een stemresultaat te bewerkstelligen, en HR 16 februari 1973, *NJ* 1973, 463 m.nt. H. Beekhuis (Maas/Willems): wie zich niet houdt aan een tariefregeling kan aan die tariefregeling jegens een ander geen bescherming ontlenen.

De Hoge Raad liet in het midden of het uitdelen van een klap door een restauranthouder aan een querulante restaurantbezoeker vanwege uitlokking niet onrechtmatig was dan wel of de schade wegens eigen schuld geheel voor rekening van de bezoeker diende te blijven.<sup>24</sup>

Evenals het beginsel *volenti non fit iniuria* leunt het beginsel *in pari delicto potior est condicio defenditis* dus aan tegen het leerstuk van de eigen schuld. Het *in pari delicto*- beginsel verschilt er in onversneden vorm in die zin van, dat het de onrechtmatigheid van het gedrag van de aangesprokene jegens de eiser aan de wortel raakt en dus per definitie moet leiden tot afwijzing van de vordering.

*In pari delicto* en *nemo auditur* zijn ook in die zin actueel dat zij de weg zullen moeten leiden bij de nieuwste vorderingen.

Een vrouw loopt een dwarslaesie op doordat de gemetselde steunpilaar van de hangmat waarin zij ligt afbreekt en over haar heen valt. Kan zij haar vordering ophangen aan de gebrekkigheid van de steunpilaar (art. 6:174 BW) waarvan haar man met haar medebezitter was?<sup>25</sup> Anders gezegd: is haar man aansprakelijk voor het gebrek in de zaak waarvoor zij zelf als medebezitter verantwoordelijkheid droeg?

Met de invoering van verschillende kwalitatieve (risico)aansprakelijkheden heeft het onrechtmatige daadsrecht de exclusiviteit van het klassieke foutbegrip als onderscheidend criterium prijsgegeven. Hebben daarmee ook de klassieke adagia aan betekenis verloren? Integendeel: van iedere kwalitatieve aansprakelijkheid zal telkens het beschermingsbereik en daarmee ook de betrekkelijkheid moeten worden vastgesteld. Biedt zij ook bescherming tegen de (mede)bezitter zelf? De rechtbank vond van wel: de vrouw had een aanspraak, maar kon zich enkel op de bescherming van het 'bezitsdeel' van haar man beroepen en kon daarom aanspraak maken op vergoeding van maximaal 50% van haar schade. *Nemo auditur suam turpitudinem allegans*? Het liggen in een hangmat is – op zichzelf genomen – niet onzedelijk, het bezit van een steunpilaar zonder dat men daarvan de ondeugdelijkheid kent evenmin. Maar *potior est condicio defenditis* is hier niettemin op zijn plaats. Het gaat hier weliswaar niet om een aansprakelijkheid gebaseerd op een fout, maar dat neemt niet weg dat de aansprakelijkheid wel is gebaseerd op een verantwoordelijkheid die iedere bezitter draagt. Het recht behoort geen bescherming te verlenen aan iemand die zelf medeverantwoordelijk is voor precies de oorzaak waarop hij (zij) zich beroept. Dat achter de constructie het moderne vangnet van een aansprakelijkheidsverzekering schuilt, mag het beeld hier niet vertroebelen.

O, rest a bit

Ouderdom gaat als het goed is gepaard met wijsheid. Dat geldt in het algemeen, maar in het bijzonder voor klassieke rechtsbeginselen.

<sup>24</sup> HR 31 maart 1995, NJ 1997, 592 m.nt. C.J.H. Brunner (Taams/Boudeling).

<sup>25</sup> Vgl. Rb. 's-Hertogenbosch 21 januari 2009, LJV BH0728, NJF 2009, 105.

Ook al lijken zij uit het Nederlandse recht verdrongen door de strakke formuleringen van het moderne wettelijke gereedschap, hun bron is rijk als het aankomt op de beslechting van de kwesties van vandaag. Over *nemo auditur* en *in pari delicto* schrijft Vranken:

‘Geen van de figuren is in het Nederlandse recht als leerstuk erkend. Hun zeggingskracht is desalniettemin groot, omdat ze in een zin helderder maken waarom iemands vordering niet mag slagen dan het nogal kleurloze ‘ontbreken van relativiteit’. In die zin zullen ze onuitroeibaar zijn.’<sup>26</sup>

Gelukkig maar!

Het bankje in Oxford ontdekten Hans en ik in januari 2005. Wij waren daar voor een conferentie over *privacy*, een woord waarvan ik eerst toen van Hans de juiste Engelse uitspraak leerde. Tijdens een drassige zondagochtendwandeling werd ons taalkundig inzicht op de proef gesteld: *Ore stabit fortis arare placet ore stat*. Hans’ digitale handigheid bracht enkele dagen later uitkomst: *Google* plaatste de spaties anders dan de Britse houtsnijder: *O, rest a bit, for this a rare place to rest at*. Wie over zoveel multidisciplinaire vindingrijkheid

---

<sup>26</sup> *NJ* 2008, 492, onder 7.