

1. Dit arrest beantwoordt in de eerste plaats de vraag hoe 'een als een doen te beschouwen gedraging' in art. 6:165 BW moet worden verstaan. Verder bevat het een aanwijzing over (niet)vergoedbaarheid van kosten van juridische bijstand.
2. De procedure is het resultaat van een vechtscheiding na vijftien jaar huwelijk. In dat gevecht doet zich op enig moment een incident voor waarbij de man met een tractor op de vrouw is ingereden. De vrouw is hiervoor onder medische en psychiatrische/psychologische behandeling geweest en de man is er strafrechtelijk voor veroordeeld. Acht jaar na het incident geeft de overeengekomen notaris een bindend advies over de boedelverdeling. Over de uitvoering daarvan ontstaan geschillen die tot (kortgeding)procedures leiden, die er uiteindelijk 2009 in resulteren dat de man wordt gemachtigd de echtelijke woning te gelde te maken. Nadat de woning is verkocht en geleverd, vordert de man schadevergoeding van de vrouw omdat zij de totstandkoming en uitvoering van het bindend advies langdurig heeft gefrustreerd, waardoor de man extra kosten heeft moeten maken en de woning intussen in waarde was gedaald. Het hof wijst niet alleen de extra kosten voor de notaris in verband met het bindend advies toe, maar ook de waardevermindering van de woning en de kosten van bijstand in procedures over de uitvoering van het bindend advies.
3. In cassatie komt de vrouw in de eerste plaats op tegen het oordeel van het hof dat de aan haar verweten gedragingen ondanks haar psychische gesteldheid aan haar zijn toe te rekenen. Zij stelt dat de weigering om mee te werken aan het bindend advies geen 'als een doen te beschouwen gedraging' is in de zin van art. 6:165 BW. De Hoge Raad komt, met een beroep op de parlementaire geschiedenis en de strekking van art. 6:165 BW, tot een ruime opvatting van het criterium 'een als een doen te beschouwen gedraging': dat criterium is niet beperkt tot actieve handelingen; slechts een zuiver nalaten valt er niet onder. Het 'stelselmatig niet mee willen werken' kon het hof dus aanmerken als 'een als een doen te beschouwen gedraging'. De parlementaire geschiedenis van art. 6:165 BW pleit inderdaad voor een ruime opvatting. Het oorspronkelijke art. 6.3.1.2b bevatte niet de beperking tot 'als een doen te beschouwen' gedragingen. Naar aanleiding van de vraag of ook aansprakelijkheid zou moeten bestaan in gevallen waarin fysieke of geestelijke beperkingen eraan in de weg staan dat iemand aan een ander hulp verleent (een dove hoort een drenkeling niet), is het criterium uiteindelijk in art. 6:165 BW beland (PG Boek 6 Inv. 3, 5 en 6, p. 1350 e.v.). Hetzelfde criterium vindt men in art. 6:169 lid 1 BW, dat op dit punt is geïnspireerd door HR 22 november 1974, *NJ* 1975/149 m.nt. G.J. Scholten (struikelende broodbezorger) en 'tikt' voor kinderen ook door in de toepassing van art. 6:166 BW (MvA II Inv., p. 1351). In het debat over het criterium, waarin de beperking tot 'een als een doen te beschouwen gedraging' als criterium werd aanvaard, werd al benadrukt dat dit begrip ruim moest worden opgevat en dat het 'niet alleen bewuste handelingen, maar ook willekeurige reflexbewegingen en vallen als gevolg van bewusteloos raken' omvat (MvA II Inv., p. 1351). Zoals A-G Wuisman (onder 2.6) opmerkt, verdient het ook aanbeveling om de uitzonderingen op het criterium 'een als een doen te beschouwen gedraging' beperkt te interpreteren, omdat minimale verschillen (het verschil tussen het verstrekken van onjuiste informatie en het nalaten informatie te verstrekken) anders tot niet te rechtvaardigen verschillen in uitkomst zouden leiden. De Hoge Raad doet ter onderbouwing mede een beroep op de strekking van art. 6:165 BW. Hoewel hij die strekking niet expliciteert, moet die worden gevonden in de gedachte dat het redelijker is om de schade niet voor rekening van de benadeelde te laten omdat deze er niets aan heeft kunnen doen (vgl. Meijers,

Handelingen II, PG Boek 6, p. 643). Ten aanzien van dat laatste zou men juist in dit geval overigens twijfels kunnen hebben, omdat de vrouw zich beriep op tekortkomingen die door haar werden toegeschreven aan het incident met de tractor.

4. De man vorderde, naast de extra notariskosten en de verminderde opbrengst van de woning, tevens vergoeding van de kosten van rechtsbijstand in verband met de uitvoering van het bindend advies. Het hof had die vergoeding toegewezen op grond van het feit dat de weigering van de vrouw om mee te werken aan het bindend advies onrechtmatig was jegens de man, maar dat strijdt met het stelsel van art. 237 e.v. Rv inzake vergoeding van proceskosten. Die regeling is limitatief en exclusief en derogeert aan art. 6:96 lid 2 BW en (dus) ook aan het uitgangspunt dat degene die aansprakelijk is uit onrechtmatige daad gehouden is de schade die de ander dientengevolge lijdt te vergoeden (aldus reeds HR 17 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1600; x/Rabobank Emmen-Coevorden). Dat is – volgens vaste rechtspraak – slechts anders in geval van misbruik van procesrecht of onrechtmatig procederen. En dat had de man niet aan zijn vordering ten grondslag gelegd. Het enkele feit dat iemand ten onrechte in rechte wordt betrokken is hiervoor in ieder geval onvoldoende (HR 27 juni 1997, *NJ* 1997/651 (Vaston/Smith)).

S.D. Lindenbergh