

De uitdijende reikwijdte
van de aansprakelijkheid
uit onrechtmatige daad

Preadvies van

Mr A.T. Bolt

en

Prof. mr J. Spier,

voor hoofdstuk 2

m.m.v. mr O.A. Haazen

Lay-out en omslag Evelien de Vries Robbé

© 1996 A.T. Bolt, J. Spier, O.A. Haazen.

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

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

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

CIP-GEGEVENS KONINKLIJKE BIBLIOTHEEK, DEN HAAG

Bolt, A.T.

De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit
onrechtmatige daad / preadvies van A.T. Bolt en J. Spier ; m.m.v.

O.A. Haazen. - Zwolle :

W.E.J. Tjeenk Willink. -

(Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging ; jrg. 126, dl. 1996-1)

ISBN 90-271-4393-5

NUGI 691

Trefw.: Aansprakelijkheid

Een preadvies als dit is zelden alleen het produkt van de eigen transpiratie en inspiratie. In mijn geval geldt dat de hulp en ondersteuning van de kant van mijn kantoor, Nysingh Bitter & De Vries Robbé Advocaten te Arnhem, onmisbaar was. Als mijn kantoorgenoten mij niet hadden gestimuleerd en niet zoveel ruimte hadden geboden, was het voor mij niet mogelijk geweest dit preadvies te schrijven. Op deze plaats wil ik aan hen dan ook mijn hartelijke dank uitspreken voor alle hulp en begrip.

Anneke T. Bolt
Arnhem, februari 1996

De vraag of het aansprakelijkheidsrecht uitdijt hangt niet alleen af van de ontwikkeling van de rechtspraak. Tevens speelt een rol hoe het gesteld is met de claim-bewustheid. Gegevens daarover waren nauwelijks voorhanden. Wel wordt in verzekeringsland, binnen en buiten Nederland, luid geklaagd over explosieve ontwikkelingen op dit rechtsgebied.

Bij de voorbereiding van het preadvies ontstond de gedachte dat het wenselijk was om na te gaan of de geuite bezorgdheid steun vindt in de feiten. De meest voor de hand liggende bron waren verzekeraars. Zij zijn bereid geweest om een deel van de sluier op te lichten.

Er was nog een andere reden waarom het aangewezen was om met verzekeraars van gedachten te wisselen. Wanneer, zoals vaak wordt betoogd, de verzekerbaarheid in gevaar komt zal dat repercussies hebben op aard en omvang van de dekkingen. Hier geldt eveneens dat zich, ook in de internationale context, ontwikkelingen voordoen die van belang zijn bij waardering van de jurisprudentiële ontwikkelingen.

Teneinde de hiervoor summierlijk gememoreerde vragen beantwoord te krijgen is met een groot aantal (her)verzekeraars en verzekeringsadvocaten in Nederland, Duitsland, Zwitserland en Engeland gesproken. Ook werd van gedachten gewisseld met een van de vooraanstaande deskundigen in de Verenigde Staten. Dit onderzoek werd verricht samen met mr O.A. Haazen. Zijn scherpzinnigheid en creativiteit zomede zijn aanzienlijke juridi-

sche kwaliteiten hebben deze samenwerking tot een voor mij zeer vruchtbare en waardevolle gemaakt.

Van degenen met wie wij spraken verdienen in het bijzonder de volgende personen vermelding: Mrs L.Dommering-van Rongen, P.J.M. Drion, Chr. van Dijk, N.S.J. Koeman, D. Wachter, J. Wilderboer en J.L. de Wijkerslooth. Waar het verzekeraars betreft is veel waardevolle informatie verkregen van Centraal Beheer (mr R. Insinger, Drs A. van Kempen en Drs F. van Belle), Nationale Nederlanden Schadeverzekering (mr P.A.J. Kamp en mr F.Th. Kremer), Colonia Versicherung (mr C. Zevenbergen), Münchener Rück (de heer C. Lahnstein), Swiss Re (de heer P. von Däniken) en het Verbond van Verzekeraars (mr E. Pompen). Wanneer in de tekst, zonder verdere vermelding, wordt gerefereerd aan uit de verzekeringswereld verkregen informatie, zijn daarmee soms ook andere bronnen bedoeld.

J. Spier

INHOUD

Preadvies over het onderwerp:

*De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige
daad*

MR A.T. BOLT EN PROF. MR J. SPIER

Hoofdstuk 1 – Inleiding 3

MR O.A. HAAZEN EN PROF. MR J. SPIER

Hoofdstuk 2 – Feitelijke ontwikkelingen en verzekeraarheid 7

§ 2.1 Inleiding 7

§ 2.2 Het belang van verzekeraars 9

A. Feitelijk deel 10

§ 2.3 Algemene cijfers 10

2.3.1 *Nederland* 10

2.3.2 *Buitenland* 14

§ 2.4 Het aansprakelijkheidsrecht zoals belicht in
jaarverslagen 17

§ 2.5 Medische aansprakelijkheid 19

§ 2.6 Overige beroepsaansprakelijkheid 22

§ 2.7 Verkeersongevallen 25

§ 2.8 Arbeidsongevallen 26

§ 2.9 Beroepsziekten 27

§ 2.10 Produktaansprakelijkheid 32

§ 2.11 Milieu-aansprakelijkheid 34

§ 2.12	Overheidsaansprakelijkheid	36
§ 2.13	Bestuurders-aansprakelijkheid	38
§ 2.14	Ontwikkelingen in het schadevergoedingsrecht	39
§ 2.15	Toegenomen claimbewustheid	42
§ 2.16	Andere mogelijke terreinen waarop volgens verzekeraars problemen dreigen te ontstaan	43
§ 2.17	Conclusies: dreigen 'Amerikaanse toestanden' ook in ons land?	47
B.	Verzekeringsdeel	48
§ 2.18	De positie van verzekeraars	48
§ 2.19	Act committed en loss occurrence-dekkingen	50
2.19.1	<i>Inleiding</i>	50
2.19.2	<i>De betekenis van act committed en loss occurrence (algemeen)</i>	51
2.19.3	<i>De problemen van act committed en loss occurrence dekkingen</i>	52
2.19.4	<i>Nadere uitwerking van loss occurrence</i>	53
2.19.4.1	<i>Wat is 'loss occurrence'?</i>	53
2.19.4.2	<i>Nadelen van 'loss occurrence'</i>	54
2.19.5	<i>De beoogde oplossingen voor de problemen</i>	56
§ 2.20	De dekking op basis van claims made	56
2.20.1	<i>Betekenis</i>	56
2.20.2	<i>Doel en functie van de claims made-dekking</i>	60
2.20.3	<i>Vormen</i>	61
2.20.4	<i>Melding en namelding bij loss occurrence en claims made</i>	63
2.20.5	<i>De omstandighedenmelding</i>	65
2.20.6	<i>Het gebruik van claims made</i>	67
2.20.7	<i>De toelaatbaarheid van claims made</i>	68
2.20.8	<i>Nederland</i>	73
§ 2.21	Conclusies	79

MR A.T. BOLT EN PROF. MR J. SPIER

<i>Hoofdstuk 3 – De uitdijende reikwijdte van het aansprakelijkheidsrecht?</i>	85
--	----

§ 3.1	Inleiding	85
-------	-----------	----

A. De verschillende aansprakelijkheidscategorieën	87
§ 3.2 Aansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen en beroepsziekten	87
3.2.1 <i>Algemeen</i>	87
3.2.2 <i>De invloed van de toetsingsfactoren</i>	88
3.2.3 <i>De jurisprudentie; algemeen</i>	91
3.2.4 <i>De invulling van de zorgvuldigheidsverplichting</i>	92
3.2.4.1 <i>De stelplicht- en bewijslastverdeling</i>	97
3.2.5 <i>De ruimte voor het eigen-schuldverweer</i>	101
3.2.6 <i>Het toepassingsbereik van art. 7A:1638x BW</i>	104
3.2.7 <i>De omvang van de te vergoeden schade</i>	106
3.2.8 <i>Tussenbalans</i>	109
3.2.9 <i>Aansprakelijkheid van de werkgever buiten art. 7A:1638x BW</i>	112
3.2.10 <i>Afsluiting</i>	116
§ 3.3 Aansprakelijkheid voor beroepsfouten	118
3.3.1 <i>Algemeen</i>	118
3.3.2 <i>De invloed van de toetsingsfactoren</i>	120
3.3.3 <i>De maatstaf voor de aansprakelijkheid</i>	126
3.3.4 <i>Enige invullingen van het centrale criterium</i>	130
3.3.4.1 <i>Informatieplicht</i>	130
3.3.4.2 <i>Vakkennis</i>	134
3.3.5 <i>De bewijslastverdeling</i>	139
3.3.6 <i>Het vereiste conditio sine qua non-verband</i>	142
3.3.7 <i>De te vergoeden schade</i>	144
3.3.7.1 <i>De toerekening</i>	144
3.3.7.2 <i>De invloed van eigen schuld</i>	149
3.3.8 <i>De kring der gerechtigden</i>	152
3.3.9 <i>Afsluiting</i>	158
§ 3.4 Aansprakelijkheid voor gevaarlijke situaties en gevaarlijk gedrag	160
3.4.1 <i>Algemeen</i>	160
3.4.2 <i>De jurisprudentie en de vergelijking</i>	162
3.4.3 <i>Voorzienbaarheid</i>	163
<i>Aard en ernst van het gevaar</i>	164
<i>Kenbaarheid van het gevaar voor de laedens</i>	165
<i>Waarschijnlijkheid dat derden onvoorzichtig zullen zijn</i>	170
3.4.4 <i>Wisselende beslissingen</i>	173

3.4.5	<i>De aard en de ernst van de (te verwachten) schade</i>	175
3.4.6	<i>Aard van de overtreden norm</i>	177
3.4.7	<i>De bezwaarlijkheid van voorzorgsmaatregelen</i>	180
3.4.8	<i>De rol van de gelaedeerde</i>	180
3.4.9	<i>Verband met de relevante risico-aansprakelijkheden</i>	182
3.4.10	<i>Afsluiting</i>	185
§ 3.5	<i>Aansprakelijkheid in het kader van sport en spel</i>	186
3.5.1	<i>Algemeen</i>	186
3.5.2	<i>Toetsing aan de relevante factoren</i>	188
3.5.3	<i>De jurisprudentie over aansprakelijkheid van deelnemers</i>	193
3.5.3.1	<i>Jegens andere deelnemers</i>	193
3.5.3.2	<i>Jegens derden</i>	197
3.5.4	<i>Jurisprudentie over aansprakelijkheid van derden</i>	200
3.5.5	<i>Afsluiting</i>	206
§ 3.6	<i>Aansprakelijkheid voor verkeersongevallen</i>	207
3.6.1	<i>Inleiding</i>	207
3.6.2	<i>De zestiger en zeventiger jaren</i>	207
3.6.3	<i>Een intermezzo: de tachtiger jaren</i>	210
3.6.4	<i>De grote sprong voorwaarts: de negentiger jaren</i>	212
3.6.4.1	<i>Eigen schuld van jeugdigen</i>	212
3.6.4.2	<i>Kinderen van veertien jaar (en ouder?)</i>	213
3.6.4.3	<i>Eigen schuld en ouderen</i>	215
3.6.4.4	<i>Een bijzondere regel voor zwakke verkeersdeelnemers?</i>	218
3.6.4.5	<i>Overmacht bij jeugdigen</i>	219
3.6.4.6	<i>Overmacht bij personen vanaf veertien jaar</i>	220
3.6.4.7	<i>De positie van gesubrogeerde verzekeraars</i>	221
3.6.4.8	<i>De positie van inzittenden</i>	222
3.6.4.9	<i>De zorgvuldigheidsnorm buiten art. 185 WvW</i>	223
3.6.4.10	<i>De onmacht van de wetgever</i>	224
3.6.4.11	<i>Buitenlandse ontwikkelingen</i>	225
3.6.4.12	<i>De doctrine en de toekomst</i>	226
3.6.5	<i>Een duidelijke trend</i>	227
3.6.6	<i>Hoe de trend te verklaren?</i>	231

§ 3.7	Produktaansprakelijkheid	234
3.7.1	<i>Inleiding</i>	234
3.7.2	<i>De jurisprudentie in de zeventiger jaren</i>	235
3.7.3	<i>De tachtiger jaren: een kroon op de slachtofferbescherming?</i>	238
3.7.4	<i>Werkelijk verdere bescherming in de negentiger jaren</i>	239
3.7.5	<i>Vershil tussen zaak- en letselschade?</i>	242
3.7.6	<i>Product recall</i>	243
3.7.7	<i>Verklaring van de trend</i>	245
§ 3.8	Milieu-aansprakelijkheid	247
3.8.1	<i>Inleiding en afbakening</i>	247
3.8.2	<i>Dogmatisch uitgangspunt</i>	250
3.8.3	<i>De gevaarzettingenorm</i>	252
3.8.3.1	<i>Algemene opmerkingen</i>	252
3.8.3.2	<i>Het Natronloog-arrest</i>	252
3.8.3.3	<i>Het Kelderhuik-correctief</i>	254
3.8.3.4	<i>Stortingen op legale stortplaats</i>	255
3.8.3.5	<i>Past de rechter de Natronloog-leer toe?</i>	255
3.8.4	<i>De invulling der maatschappelijke betamelijkheid</i>	256
3.8.4.1	<i>De bekendheid met het gevaar</i>	256
3.8.4.2	<i>De 30 september-arresten</i>	258
3.8.4.3	<i>Wederom: de Natronloog-leer</i>	259
3.8.5	<i>De betekenis van art. 6:162 lid 3 BW</i>	260
3.8.6	<i>Van ruime naar beperkte aansprakelijkheid en weer terug?</i>	261
3.8.7	<i>Kan de trend worden verklaard?</i>	263
§ 3.9	Onrechtmatige overheidsdaad	266
3.9.1	<i>Inleiding</i>	267
3.9.2	<i>De (volle?) toetsing aan alle onrechtmatigheidscategorieën</i>	268
3.9.2.1	<i>Toetsing aan de maatschappelijke betamelijkheid</i>	268
3.9.2.2	<i>Beleidsvrijheid en marginale toetsing</i>	268
3.9.3	<i>Algemene beginselen van behoorlijk bestuur</i>	271
3.9.4	<i>Capita selecta</i>	274
3.9.4.1	<i>Klassieke overheidsaansprakelijkheid</i>	274
3.9.4.1.1.	<i>Wetgeving</i>	274
3.9.4.1.2	<i>Rechtspraak</i>	277

3.9.4.1.3	<i>Bestuur</i>	279
3.9.4.2	<i>Specifieke aansprakelijkheden</i>	282
3.9.4.2.1	<i>Vernietigde beschikkingen</i>	282
3.9.4.2.2	<i>Strafvorderlijk optreden</i>	288
3.9.4.2.2.1	<i>Schade ten gevolge van arrestatie</i>	288
3.9.4.2.2.2	<i>Schade ten gevolge van inverzekeringstelling</i>	291
3.9.4.2.2.3	<i>Lagere straf dan reeds ondergaan</i>	293
3.9.4.3	<i>Rechtmatige overheidsdaad</i>	294
3.9.4.4	<i>Een korte schets der ontwikkelingen</i>	300
3.9.4.5	<i>Hoe moeten de ontwikkelingen worden verklaard?</i>	301
§ 3.10	<i>Hinder</i>	303
3.10.1	<i>Inleiding</i>	303
3.10.2	<i>De jurisprudentie in de zeventiger en tachtiger jaren</i>	304
3.10.3	<i>De rechtspraak in de negentiger jaren</i>	306
3.10.4	<i>Zit er een lijn in de ontwikkeling?</i>	308
3.10.5	<i>Hoe de ontwikkeling te verklaren?</i>	309
§ 3.11	<i>Leidingschades</i>	310
3.11.1	<i>Inleiding</i>	310
3.11.2	<i>De aansprakelijkheidsvraag</i>	311
3.11.3	<i>De voor vergoeding in aanmerking komende schade</i>	312
3.11.4	<i>Rechtsvergelijkende impressies</i>	315
3.11.5	<i>Hoe valt de jurisprudentie te verklaren?</i>	316
§ 3.12	<i>Aansprakelijkheid voor ongelukjes?</i>	318
3.12.1	<i>Inleiding</i>	318
3.12.2	<i>Een ruiker jurisprudentie</i>	319
3.12.3	<i>Hoe kunnen de arresten worden verklaard?</i>	323
§ 3.13	<i>Aansprakelijkheid op basis van redelijkheid</i>	324
§ 3.14	<i>Bestuurdersaansprakelijkheid</i>	327
3.14.1	<i>Voorspel</i>	327
3.14.2	<i>De jurisprudentie tussen 1950 en 1990</i>	328
3.14.3	<i>Aanscherping van de aansprakelijkheid in de negentiger jaren?</i>	329
3.14.4	<i>Bestuurdersaansprakelijkheid en bodemverontreiniging</i>	333
3.14.5	<i>Zit er een lijn in de ontwikkeling?</i>	333

3.14.6	<i>Wat is de verklaring voor de gesignaleerde trend?</i>	334
B.	Capita schadevergoeding	335
§ 3.15	De berekening van de schade	335
§ 3.16	De buitengerechtelijke kosten	337
§ 3.17	Alternatieve causaliteit	338
3.17.1	<i>De DES-zaak</i>	338
3.17.2	<i>Mussaschade</i>	341
§ 3.18	Winstafdracht	343
§ 3.19	Vergoeding van immateriële schade	344
3.19.1	<i>Inleiding</i>	344
3.19.2	<i>De hoogte der bedragen</i>	345
3.19.3	<i>Wanneer bestaat aanspraak op vergoeding?</i>	348
3.19.4	<i>Wie zijn tot smartegeld gerechtigd?</i>	349
3.19.5	<i>Is de trend te verklaren?</i>	352
§ 3.20	De kring der gerechtigden	352
§ 3.21	Matiging en limitering	358
§ 3.22	Verjaring	360
§ 3.23	Valt een trend te bespeuren?	362

MR A.T. BOLT EN PROF. MR J. SPIER

Hoofdstuk 4 – Conclusies en aanbevelingen 365

§ 4.1	Inleiding	365
§ 4.2	De bevindingen	365
4.2.1	<i>Conclusies hoofdstuk 2</i>	365
4.2.2	<i>Conclusies hoofdstuk 3</i>	367
§ 4.3	Het wankel bouwwerk van het aansprakelijkheidsrecht	370
4.3.1	<i>Inleiding</i>	370
4.3.2	<i>Letselschade</i>	371
4.3.2.1	<i>Veroorzaakt buiten de particuliere sfeer</i>	371
4.3.2.2	<i>Veroorzaakt in de zuiver particuliere sfeer</i>	377
4.3.3	<i>Ander persoonlijk 'ongerief'</i>	378
4.3.4	<i>Economische belangen</i>	379
4.3.5	<i>Door de collectiviteit te dragen schade</i>	381
4.3.6	<i>De invloed van verzekeringen</i>	381
4.3.7	<i>De rol der voorzienbaarheid</i>	382

	4.3.8	<i>Een consistent bouwwerk?</i>	383
§ 4.4		Ontwikkelingen in de nabije toekomst	384
	4.4.1	<i>Verwachte feitelijke ontwikkelingen</i>	384
	4.4.2	<i>Verwachte juridische ontwikkelingen</i>	387
§ 4.5		Aanbevelingen en conclusies	392
	4.5.1	<i>Inleiding</i>	392
	4.5.2	<i>The devil or the deep blue sea</i>	393
	4.5.3	<i>Mogelijke 'oplossingen'</i>	394
	4.5.4	<i>De gewenste ontwikkeling op het terrein van de letselschade</i>	400
	4.5.5	<i>Door de overheid verstrekte verzekeringen</i>	402
	4.5.6	<i>Nadere bezinning nodig</i>	404

DE UITDIJENDE REIKWIJDTE VAN
DE AANSPRAKELIJKHEID UIT
ONRECHTMATIGE DAAD

Preadvies mr A. T. Bolt en prof. mr J. Spier

Hoofdstuk I

INLEIDING

De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad? Een intrigerende titel. Wellicht mede omdat de plaats van de (lange) ij en de (korte) ei soms toch nog enig denkwerk vergt. Maar vooral omdat de vraag, die de titel in zich bergt, niet zo een-twee-drie te beantwoorden valt. Is het zo dat de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad gedurende de laatste decennia is uitgedijd en welke zijn de verwachtingen op dat punt voor de toekomst? Het is niet zo moeilijk om enkele arresten te noemen, die een aanwijzing lijken te vormen voor een uitbreiding van de aansprakelijkheid. Maar het is evenmin een probleem om jurisprudentie aan te wijzen, die juist blijk geeft van grotere terughoudendheid bij de vestiging en de bepaling van de omvang van de aansprakelijkheid. Daarmee zijn we er dus niet. Een serieuze beantwoording van de vraag naar de uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad vergt onderzoek op een breed terrein. Mede tegen deze achtergrond hebben wij besloten om niet, zoals te doen gebruikelijk is bij de NJV, twee preadviezen over dit onderwerp te schrijven, maar om de krachten te bundelen en een gezamenlijk werk tot stand te brengen. Dat neemt niet weg dat de te onderzoeken deelterreinen onderling zijn verdeeld. Bovenaan de pagina is steeds aangegeven wie van ons voor het desbetreffende deel verantwoordelijk is.

De titel van het preadvies zal bij velen, behalve – naar wij hopen – nieuwsgierigheid naar de beantwoording van de vraag die erin besloten ligt, ook associaties oproepen met de klachten die de laatste jaren van de kant van het verzekeringsfront met steeds

meer nadruk naar voren worden gebracht. Wanneer we de verzekeraars moeten geloven, wordt in toenemende mate aansprakelijkheid aangenomen en kan een onrustbarende stijging van zowel het aantal als de omvang van de claims worden gesignaleerd. Wanneer deze ontwikkeling zich doorzet, zou de aansprakelijkheid op bepaalde terreinen – aldus nog steeds de verzekeraars – wel eens onverzekerbaar kunnen worden. De vraag of deze klachten van verzekeraars terecht zijn, valt vanzelfsprekend niet direct samen met de vraag naar de uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid. Maar beide vragen zijn wel zo verwant dat het ons zinvol leek om de verhalen van verzekeraars omtrent de toename van de claims, aan de hand van het – overigens schaars – beschikbare feitenmateriaal, te toetsen.

De neerslag van deze, door Spier in samenwerking met mr O.A. Haazen verrichte, toetsing is te vinden in hoofdstuk 2. Zoals daar zal blijken, is de onrust in de verzekeringswereld niet geheel uit de lucht gegrepen. Op bepaalde aansprakelijkheidsterreinen zijn het aantal en de omvang van de claims met name de laatste tien jaar inderdaad sterk gestegen. Vervolgens rijst dan de vraag of deze toename haar verklaring vindt in een uitbreiding van de aansprakelijkheid in juridische zin, dan wel andere oorzaken zal moeten hebben. Met de vraag naar de uitbreiding van de aansprakelijkheid zijn we weer terug bij het centrale punt in dit preadvies. Om deze centrale vraag te kunnen beantwoorden, hebben wij op de verschillende relevante deelterreinen systematisch (jurisprudentie)onderzoek gedaan naar trends in de richting van een ruimere of juist minder ruime aansprakelijkheid. Daarbij hebben wij ons gericht op de op art. 6:162 BW gebaseerde aansprakelijkheid voor eigen onrechtmatig handelen of nalaten. De in afdeling 6.3.2 en daarbuiten geregelde, vaak wel met de onrechtmatige daad verwante, bijzondere aansprakelijkheden zijn in de literatuur voldoende geanalyseerd en vormen niet het onderwerp van dit preadvies. Wel komen zij, indien nodig, hier en daar zijdelings aan de orde. Vermeld zij hier nog dat rechtsvergelijkende uitstapjes, vanwege de enorme omvang van het onderwerp en de wens het aantal pagina's van het preadvies niet nog meer te laten 'uitdijen', tot een minimum zijn beperkt.

De resultaten van ons onderzoek naar de uitdijende reikwijdte van het aansprakelijkheidsrecht zijn neergelegd in hoofdstuk 3. Daar blijkt dat de verschillende onderzochte deelterreinen een

wisselend beeld te zien geven. Waar het ene gebied een duidelijke uitbreiding van de aansprakelijkheid toont, is het aansprakelijkheidsrecht op het andere gebied stabiel of juist aan het terugtreden. We hebben gepoogd daarvoor steeds zo veel mogelijk een verklaring te geven.

In hoofdstuk 4 worden de resultaten van het onderzoek op de verschillende deelterreinen samengevat en bovendien onderling vergeleken. Bij deze vergelijking valt onder meer op dat de ontwikkelingen onderling soms in het geheel niet met elkaar sporen, terwijl dat redelijkerwijs wel voor de hand had gelegen. Het zou geen kwaad kunnen deze onevenwichtigheden in het aansprakelijkheidsrecht eens wat nader te bezien en zo mogelijk aan te pakken. In het laatste hoofdstuk wordt tevens aangegeven welke ontwikkelingen op korte termijn – laten we zeggen het komende decennium – in het aansprakelijkheidsrecht te verwachten zijn. Ter afsluiting worden dan aanbevelingen gedaan over de wijze waarop problemen, die zich in verband met de verwachte ontwikkelingen mogelijk zullen voordoen, tegemoet getreden kunnen worden.

Hoofdstuk 2

FEITELIJKE ONTWIKKELINGEN EN VERZEKERBAARHEID

§ 2.1 Inleiding

'No one believes a theory except the one who formulates it; everyone believes a figure except the one who calculates it'.¹

Het lijkt juist dit hoofdstuk met dit caveat van Lord Beveridge te beginnen.

Wanneer we de verhalen die alom² de ronde doen mogen geloven, zou het aansprakelijkheidsrecht turbulente tijden doormaken.³ Meer aansprakelijkheden, meer claims en hogere toegewezen bedragen, zo luidt de klacht die almaar luider wordt en die van steeds meer kanten van de daken wordt geschreeuwd. In de Financial Times van 13 juli 1995 wordt op zeer onderkoelde wijze aangegeven dat 'accountants live in a dangerous world. One slip and the writs begin to fly'. Een van de bekendste accountantskantoren wordt thans geconfronteerd met een claim 'of *only* \$3bn, instead of the original estimate of \$11bn'. Dit 'reveals just how high the stakes have risen'. De ondergang van een aantal – vooral, maar niet alleen Amerikaanse – verzekeraars en

1. Aangehaald door B.S. Markesinis, *Litigation-mania in England, Germany and the USA: are we so very different?*, Cambridge Law Journal 49(2), Juli 1990 blz. 276.

2. Het gaat hier uiteraard om een enigermate losse stelling. Zie D. Peeperkorn, *Welwezen* augustus 1995, zij het met veel relativerende kanttekeningen M.G. Faure, NJB 1995 blz. 1227, T. Hartlief en R.P.J.L. Tjittes, in *Schademecum* blz. 25; op blz. 32 wordt de stelling betrokken dat er thans geen werkelijk probleem is, zomede uit het maatschappelijke veld S. Jonker, *Welwezen* 1995 blz. 10 e.v., H. Crooymans, *Elsevier* 19 augustus 1995 blz. 60 e.v., M.J.A.L. Woertman, *Jaarboek Konsumentenrecht* 1995 blz. 182, P. von Däniken, in: *Is verzekeren nog verzekerd?*, blz. 3 e.v., B. Duynstee, *Intermediair* 21 juli 1995, R. Insinger, *ESB* februari 1995 blz. 14 e.v.

3. Zie voor verdere gegevens ook C.J.J.M. Stolker, *AA* 1995 blz. 13 e.v. Terecht wijst hij erop dat harde gegevens nauwelijks voorhanden zijn, 'naar verluidt ook niet bij verzekeraars zelf' (blz. 14). Wil men wat wijzer worden, dan is men blijkbaar aangewezen op 'trouwe lezing' van Account (idem).

de ernstige problemen waarmee Lloyds' kamp *lijken* boekdelen te spreken. En het aantal faillissementen van verzekeraars stijgt nog steeds, ook in Europa.⁴

In dit hoofdstuk gaan wij in op de vraag of het hier om indianen-verhalen gaat dan wel om serieus te nemen opmerkingen. Daarbij doet zich aanstonds de moeilijkheid gevoelen dat weinig gegevens voorhanden zijn. Pogingen deze te bemachtigen hebben voor een groot deel schipbreuk geleden.⁵ De hierna verstrekte gegevens zijn tamelijk lapidair. Zij geven een nogal fragmentarisch beeld. Voor het overige kunnen we moeilijk anders doen dan op basis van de in hoofdstuk 3 beschreven juridische ontwikkelingen zelf een ruwe schatting maken van mogelijke ontwikkelingen op het stuk van aantallen claims en de omvang daarvan.

A *prima vista* zou men wellicht geneigd zijn te menen dat de omstandigheid dat weinig harde cijfers voorhanden zijn betekent dat er weinig aan de hand is. De gedachte is in zeker opzicht verleidelijk. Aldus wordt een mogelijk bestaand probleem van tafel geveegd. Juristen kunnen dat eenvoudig rechtvaardigen. Overeenkomstig de hoofdregel van art. 177 Rv. zou betoogd kunnen worden dat stelplicht en bewijslast rusten op degene die de klagerige stelling poneert. Nu zelfs de stelplicht tekortschiet, zou men daaraan eenvoudigweg voorbij kunnen gaan.

De zojuist geformuleerde benadering heeft de charme van de eenvoud. Toch past enige voorzichtigheid. Het is niet bijster aannemelijk dat verzekeraars, medici en beroepsgroeperingen ernstige zorgen ventileren zonder ten minste enige feitelijke basis. Het moge zijn dat zij hun belangen allesbehalve optimaal dienen door het aandragen van niet gesubstantieerde en niet met feiten onderbouwde beweringen, deze zijn daarmee nog niet uit de lucht gegrepen. Gezien het in het oog springende belang van deze materie is er alle reden om zelf op onderzoek uit te gaan en om te bezien of de ontbrekende stukken in de – vooralsnog vrijwel lege – legpuzzel kunnen worden ingevuld.

4. Zie Insurance Day 23 januari 1996, blz. 5. Gesproken wordt over een 'clear upward trend in the number of insolvencies among insurers and reinsurers', welke te wijten is aan verschillende redenen.

5. Daarop is eerder indringend gewezen door H.J. Smit, Hand. NJV 1987-II blz. 75 e.v.

Hoewel dit tot op vrij grote hoogte een bewijs uit het ongerijmde is, komt onzes inziens mede betekenis toe aan het feit dat ook in omringende landen harde cijfers ontbreken. Ook daar zou het aansprakelijkheidsrecht in beweging zijn. Een grensoverschrijdende samenzwering van verzekeraars en andere direct betrokkenen, die allen feitelijke grondslag ontberende grieven formuleren, mocht wel uiterst onwaarschijnlijk heten. Er moet dus wel iets aan de hand zijn.

§ 2.2 Het belang van verzekeraars

In onze pogingen cijfers te bemachtigen hebben we ons in de eerste en belangrijkste plaats gericht op verzekeraars. Zulks vooral uit praktische overwegingen. Uiteindelijk komen de meeste schades, die het bagatelkarakter ontstijgen, daar terecht. Verondersteld mocht daarom worden dat zij daarover zouden beschikken. Dit bleek slechts in beperkte mate het geval. Of juist gezegd: gesystematiseerde cijfers zouden niet voorhanden zijn. En wel om de eenvoudige reden dat zij tot voor kort – en mogelijk nog steeds – niet worden verzameld.⁶

Het Verbond van verzekeraars kon slechts zeer globaal – onder 2.3 vermelde – gegevens verschaffen. Centraal Beheer en Nationale Nederlanden Schadeverzekering vormen een uitzondering op deze regel. Hetgeen van deze verzekeraars werd verkregen komt hierna aan bod.

Er was evenwel meer dan een praktische reden om aan te kloppen bij assuradeuren. Terecht heeft Vranken gepleit voor:

‘hardere confrontatie met gegevens over de verzekeraarbaarheid’, welke moet steunen op ‘door de wetenschap vergaarde, hardere gegevens dan de mededeling dat de bedrijfsaansprakelijkheid de pan uit dreigt te rijzen.’⁷

6. Tekenend is dat in het rapport van M.G. Faure en T. Hartlief (red.), Verzekering en de groeiende aansprakelijkheidslast, waarin op verzoek van verzekeraars een onderzoek is gedaan naar de evolutie op het gebied van arbeidsongevallen en beroepsziekten, evenmin Nederlandse cijfers voorkomen. Terecht bevelen de onderzoekers een registratiesysteem aan (blz. 353/4); over dat rapport O.A. Haazen en J. Spier, A&V 1995 blz. 141 e.v.

7. Aldus geparafraseerd door J.H. Nieuwenhuis, NJB 1995 blz. 1390.

Een aanzet hiertoe wordt hieronder gegeven.

Beantwoording van de vraag of de ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht reden geven tot zorg kan daarom moeilijk geschieden zonder na te gaan tot welke reacties zij verzekeraars nopen. Indien en voor zover zij het laten afweten, ontstaan problemen voor laedentes en gelaedeerden. Voor zover de eersten niet kunnen betalen en – a fortiori in geval van faillissementen – eist een tot onverzekerbaarheid aanleiding gevende ontwikkeling ook een maatschappelijke tol. Hoe men ook principieel moge denken over de betekenis van verzekeraarbaarheid, zij is van onmiskenbaar praktisch belang. In onderdeel B komen we daarop terug.

In het voorafgaande ligt besloten dat en waarom verzekeraars en verzekeraarbaarheid hierna op ruime schaal aan de orde zullen komen. Hoe zit het met de betaalbaarheid van ons aansprakelijkheidsrecht? Wat is er aan de hand in verzekeringsland?

A. Feitelijk deel

§ 2.3 Algemene cijfers

2.3.1 Nederland

Bij ontsprende aansprakelijkheid moet uiteraard in de eerste plaats worden gekeken naar beroep en bedrijf. Daartoe bestaat aanleiding omdat voor de hand ligt dat voor deze 'categorieën' eventuele ontwikkelingen de meeste effecten sorteren. Op het stuk van de aansprakelijkheid van particulieren is geen sprake van relevante verandering van wetgeving of rechtspraak.⁸ De zogenaamde long tail-schade⁹ zal zich daar niet doen gevoelen. Schade zal zich immers vrijwel steeds terstond manifesteren. Dat brengt mee dat aansprakelijkheidsverzekeraars tijdig en adequaat kunnen inspelen op eventuele ontwikkelingen die van invloed (kunnen) zijn op de uit te keren bedragen. Aangenomen mag worden dat aansprakelijkheidsverzekeringen voor particu-

8. De claimfrequentie is tussen 1989 en 1994 met 18% gedaald; de gemiddelde claim is met 33% gestegen. Zie Verzekerd van cijfers 1995 (Verbond van Verzekeraars) blz. 125 en 126.

9. Zie daarover onderdeel B.

lieren (AVP's) voor redelijke premies beschikbaar zullen blijven. Daarom blijven zij goeddeels rusten.

Met betrekking tot de aansprakelijkheid van bedrijven zijn de volgende cijfers beschikbaar:¹⁰

(Cijfers in miljoenen)	1989	1991	1993	1994
premie-inkomen	468	525	600	643
bruto schade	310	395	490	510
indexcijfers				
gemiddeld schadebedrag (1989=100) ¹¹	100	119	145	158
claimfrequentie (1989=100)	100	92	91	83

Tweeërlei valt bij deze cijfers bijzonderlijk op: de afname van de claimfrequentie¹² (17 %) en de aanzienlijke toename van het gemiddeld schadebedrag (58 %). Deze laatste mag zelfs vrij spectaculair worden genoemd. Nu zal een zekere correctie moeten worden aangebracht voor inflatie en mogelijk ook verhoging van de limieten. Gegevens over eventueel veranderde limieten zijn niet voorhanden. Maar het is aannemelijk dat sowieso een relevante stijging overblijft, zij het dat bij de betekenis die men daaraan hecht de afname van het aantal claims moet worden verdisconteerd.

De schade is, gerelateerd aan het premie-inkomen, evident harder gestegen (respectievelijk 64,5 % en 37,4 %). Duidelijk is dat dit verzekeraars zorgen baart. Toch past voorzichtigheid bij de interpretatie van beide gegevens.

Vooreerst verdient opmerking dat onduidelijk is in hoeverre de stijging te wijten is aan een in totaliteit grotere dekking (meer bedrijven, hogere limieten en dergelijke meer).¹³ Bovendien

10. Zie Verzekerd van cijfers 1995, blz. 38/39.

11. 1989 is gesteld op 100. De cijfers over de overige jaren geven de verandering ten opzichte van 1989 weer. Het gemiddelde schadebedrag in 1994 is dus t.o.v. 1989 met 58% gestegen; de claimfrequentie met 17% gedaald.

12. Ten onrechte betoogt derhalve Duynstee in *Intermediair* van 21 juli 1995 blz. 7 dat de schadeclaimfrequentie 'vrij stabiel' is.

13. Dat het aantal bedrijven in Nederland is gestegen, zegt natuurlijk niets. Waar het op aankomt is hoeveel bedrijven, van welke omvang en tot welke →

moet worden bedacht dat de bruto-schade is gekoppeld aan de in het betrokken jaar gedane uitgaven. Dat is in zoverre van belang dat een stijging vanzelfsprekend een indicatie is dat er een ontwikkeling gaande is. Maar zonder nadere gegevens – welke ontbreken – is het belang enigszins beperkt, omdat ongewis is welk deel van het uitgekeerde bedrag betrekking heeft op het heden en welk deel moet worden teruggevoerd op in het verleden veroorzaakte, eerst thans afgedane schades.¹⁴

Tot voor kort zou vermoedelijk kunnen worden aangenomen dat het alleen aankwam op de behandelingsperiode. Grosso modo zal deze van jaar tot jaar wel ongeveer gelijk zijn. De laatste jaren is er een andere factor van gewicht bijgekomen: long tail-schades als medische aansprakelijkheid, asbestose- en milieu-claims. Zolang men daarin geen inzicht heeft, zij men voorzichtig bij de interpretatie van de hiervoor vermelde cijfers. In verband met de vertraging waarmee zij in de statistieken verschijnen moet worden verwacht dat de schadecijfers in de toekomst nog hoger zullen liggen. Ter vergelijking – en mede om aan te geven dat voorzichtigheid past bij het conclusies verbinden aan gegevens van een of enkele jaren – worden hieronder nog enkele gegevens verstrekt van een grote Nederlandse verzekeraar. Het gaat hier, anders dan bij de hiervoor genoemde gegevens, om *tekenjaren*, hetgeen de cijfers niet zonder meer vergelijkbaar maakt. Bij een tekenjarensysteem wordt per jaar een fonds gevormd ter zake van de geboekte premies inzake polissen die in dat jaar zijn getekend, of waarvan het risico in dat jaar is aangevangen. De uit hoofde van deze polissen geboekte provisies, kosten en schades worden op dit fonds afgeboekt.¹⁵ De toerekening van schaden aan een tekenjaar is een zin-

→ limiet zich hebben verzekerd. Er zijn verhogingen van de verzekerde limieten van 1 naar 2,5 en 'zelfs' 5 miljoen waar te nemen (Verzekerd van cijfers 1995 blz. 38 en 41).

14. Terecht wordt in Verzekerd van cijfers 1995 blz. 40 gesteld dat moet worden gekeken naar 'over all-ontwikkelingen niet per jaar'. Dit had gekund door te werken met zogenaamde tekenjaren. Zie hierna.

15. Zie over het 'tekenjaren-systeem' (ook wel fondsensysteem genoemd), A. Oosenbrug, VA 1995 blz. 113 e.v. Hij wijst er op dat het stelsel veelvuldig wordt toegepast bij herverzekeringen (blz. 113). Zie voor verdere gegevens het artikel. Centraal Beheer verstaat onder tekenjaar 'het jaar waaraan een schade op grond van de polisvoorwaarden kan worden toegerekend. Meestal is dat het jaar waarin het schadeveroorzakende feit heeft plaatsgevonden, maar het kan ook het →

volle exercitie.¹⁶ Het is immers voor dat jaar dat premie is betaald. Waarop het primair aankomt is te weten of die premie voldoende was om de *aan dat jaar toe te rekenen schades* te vergoeden. Inteentmen dit systeem, dan ontstaat het volgende beeld.¹⁷

Aantal vermelde schades (indexcijfers; 1988=100)

in tekenjaar +	0	1	2	3	4	totaal ¹⁸
1988	79	19	1			100
1989	67	15	1	1		84
1990	72	17	1	1	1	91
1991	71	20	1	1		94
1992	75	22	2			99
1993	76	21	1			98
1994	67	15				82

De aantallen schades zijn dus eerder dalende dan stijgende.

De cumulatieve schadelast (uitgekeerde bedragen + voorzieningen (indexcijfers; 1989=100)

in tekenjaar +	0	1	2	3	4
1985					
1986					
1987					
1988	244	249	220	155	154
1989	161	224	215	183	165
1990	154	193	166	161	167
1991	201	243	208	206	219
1992 ¹⁹	565	613	739	536	
1993	222	244	229		
1994	346	423			

→ jaar zijn waarin de schade zich voor het eerst manifesteerde (loss occurrence systeem) of het jaar waarin de claim werd gemeld (claims made systeem)'.
 16. Eender Oosenbrug, a.w. blz. 115. Met name voor long tail-schades noemt hij het systeem 'hoog nodig'.

17. De cijfers zijn afkomstig van Centraal Beheer.
 18. O betekent: in het betrokken jaar (linker kolom); 1 het daaropvolgende jaar en zo verder. Omdat per jaar sprake is van afronding op hele getallen kan het onder totaal vermelde aantal afwijken van de som van de daarvoor genoemde aantallen.

→

	+	5	6	7	8	9	10
1985						102	100
1986					126	125	
1987				146	146		
1988		155	162	170			
1989		171	162				
1990		173					

Uit de vet gedrukte cijfers blijkt dat de schadelast ten opzichte van 1985 drastisch is gestegen.

Te bedenken valt dat deze cijfers resultantes zijn van de gemaakte voorzieningen en de betaalde bedragen. De voorzieningen nemen in elk geval af met de inmiddels betaalde bedragen. Bovendien wordt het, naarmate de tijd vordert, gemakkelijker om de omvang van de nog resterende schade te begroten. Daardoor neemt de precisie toe.²⁰ De indruk is dat aanvankelijk somber, dus ruim, wordt geschat.

De premie is in de periode 1985 tot 1994 gestegen met 30%. Duidelijk is dat deze geen gelijke tred houdt met het schadeverloop.

2.3.2 *Buitenland*

Ook in andere landen zijn cijfers niet eenvoudig te vinden.²¹ 'In my experience the only entities which have figures are the insurance companies and, once again, they tend to got them jealously.'²² Het navolgende geeft niet meer dan een fragmentarisch beeld.

Voor de Münchener Rück (de grootste herverzekeraar ter wereld) is het premie-inkomen in 1993 met 16,5% gestegen ten opzichte van 1992. Uit de toelichting op het jaarverslag 1993/94

19. De aanzienlijke schade dit jaar is mede toe te schrijven aan enkele grote schades.

20. Tot op zekere hoogte is het bepalen van de omvang van voorzieningen enigszins arbitrair en eventueel 'manipuleerbaar'. Vgl. Eliot Martin Blake, *Emory Law Journal* [Vol. 37, 1988], 419 e.v.

21. Zie B.S. Markesinis, *Litigation-mania in England, Germany and the USA: are we so very different?* *Cambridge Law Journal*, 49 (2), July 1990, blz. 240.

22. Markesinis, a.w. blz. 240. In vergelijkbare zin Eliot Martin Blake, *Emory Law Journal* [Vol. 37, 1988] 401 e.v., m.n. blz. 402.

blijkt dat dit zowel voor Duitsland als voor andere landen gold. Het resultaat was negatief, doch dit kon geheel worden geschreven op het conto van 'long tail claims from the US business long since terminated'. Met uitzondering van Duitsland ging het in de rest van de wereld bevredigend.²³

Uit cijfers van Duitse verzekeraars kan voorts worden afgeleid dat de omvang van de schades sedert 1988 hard toeneemt. Om de schades te kunnen betalen was in 1988 per polis nog zo'n 57 DM nodig; dit is opgelopen tot 68 DM in 1992.²⁴ Evenals in Nederland is in dezelfde periode de schadefrequentie per polis afgenomen (ongeveer 7%). Uit deze gegevens, in onderling verband beschouwd, zal moeten worden afgeleid dat de schade per claim aanzienlijk stijgt.

Ook in andere landen stijgt de aansprakelijkheidslast. Zo bijvoorbeeld België, waar de 'claims costs' stegen van 8,6 miljard Belgische franc (1989) naar een geschatte 12,8 miljard (1993); de verdiende premies liepen in dezelfde periode op van 12,7 naar 16,6 miljard.²⁵ In Denemarken stegen de premies en 'claims incurred' over '1992-1993' met resp. 10,4 en 10,5%; deze stijging is gerelateerd aan het voorafgaande jaar.²⁶ Een vergelijkbaar beeld geeft Duitsland. Het aantal claims daalde in 1993 licht met 1,7%; de uitgekeerde en gereserveerde schade steeg met 7,3% (in 1992 met 7,6%). De premies stegen harder, te weten met resp. 8,8 en 7,9%. Deze laatste stijging is veroorzaakt door een 'adjustment in liability portfolio premiums for industrial risks to face up the growing risks'.²⁷ Portugal rapporteert een stijging van premies onderscheidenlijk claims tussen 1993 en 1994 van 13,3 en 23,4%. Het aantal 'cases opened' steeg zelfs met 34,5%.

Een tegengestelde trend lijkt zich in Zweden af te tekenen. Het aantal claims daalde van 29 773 in 1991 naar 27 240 in 1993, terwijl sedertdien weer een stijging naar 28 060 inzette. De schade-uitkeringen stegen met 119 miljoen in 1992 maar daalden met 145 miljoen Zweedse kroon in 1993. De premies beliepen

23. Jaarverslag 1993/1994 blz. 14.

24. Allgemeine Haftpflichtversicherung, van HUK Verband 1992 blz. 120.

25. Nationaal rapport België over 1994 voor CEA-vergadering 1995 blz. BF-1/7.

26. Deens rapport blz. DK-1/4.

27. Duits rapport blz. DE-1/5.

resp. 1,4, 1,7 en 1,5 miljard.²⁸ In Zwitserland zag het verloop van de verhouding claims-premie er als volgt uit: 47,3% (1990), 48,2% (1991), 53,5% (1992) en 48,8% (1993). Doch deze cijfers houden geen rekening met getroffen voorzieningen en zeggens derhalve vermoedelijk weinig.²⁹

Elders heeft Bolt aandacht besteed aan ontwikkelingen in de Verenigde Staten, waaromtrent relatief veel, zij het al weer enigszins oude, gegevens voorhanden zijn.³⁰ Daarnaar zij verwezen. Intussen moet worden bedacht dat de Amerikaanse ontwikkelingen geenszins zonder meer voor Nederland relevant zijn. Een belangrijk deel van de problemen valt toe te schrijven aan het jurystelsel,³¹ terwijl ook punitive damages in de VS een belangrijke rol spelen.³² Ook Von Däniken geeft een aantal voorbeelden die de indruk maken dat er onmiskenbaar ontwikkelingen gaande zijn.³³ Gewezen kan nog worden op de considerans van een recente wet van Illinois:

'Whereas the current systematic costs of tort liability are unacceptable; and (...) continue to threaten the economic health of the State through higher consumer prices, increased taxes, and ever rising health care costs; and (...) drastic restrictions in coverage accompanied by vastly increased premiums have become permanent realities for many products and services.'³⁴

Opmerking verdient nog dat cultuurverschillen mede van invloed kunnen zijn op de vraag of ontwikkelingen van elders 'overwaaien'. Volgens Hofstede zullen verschillen in 'juridische systemen en (...) in waarden' 'blijvend' Amerikaanse en Engelse

28. Zweeds rapport blz. SE-1/5.

29. Zwitsers rapport blz. CH-1/3.

30. Loterij of rechtspraak; zie nader uitvoerig Report of the Tort Policy Working Group on the Causes, Extent and Policy Implications of the Current Crisis in Insurance Availability and Affordability, februari 1986 en de Update van maart 1987.

31. Bolt, a.w. blz. 219 e.v. en daarover J. Spier, RMThemis 1993 blz. 311.

32. Bolt, a.w. blz. 91 e.v. Volgens Swiss Re, Products liability for US exports (1992) zou het bij produktaansprakelijkheid gaan om 'perhaps the most alarming tendency (...) in recent years' (blz. 29).

33. A.w. blz. 8 e.v.

34. J.W. Donderville, The courts of last resort speak, (1995) IJIL 250.

ontwikkelingen elders in Europa afremmen.³⁵ Wellicht is deze stelling juist. De hier vermelde gegevens geven toch voedsel aan twijfel. Dias en Markesinis hebben erop gewezen dat 'what happens in the United States has the habit of reaching Europe (in one way or another) with a jet lag of ten or fifteen years.'³⁶

§ 2.4 Het aansprakelijkheidsrecht zoals belicht in jaarverslagen

In de jaarverslagen van de belangrijke verzekeraars komt het aansprakelijkheidsrecht vanzelfsprekend ook aan de orde. Het lijkt illustratief om te bezien welke ontwikkelingen een van de grootste verzekeraars van Nederland (Nationale Nederlanden, thans ING Groep) van voldoende belang acht om er melding van te maken. Er is een even interessante als opmerkelijke ontwikkeling in de teneur ervan te constateren.

In 1985 wordt verslag gedaan van een verslechterd resultaat als gevolg van 'een klein aantal relatief grote claims, waarvan sommige uit ver achter ons liggende jaren'. Er werd toen nog van uitgegaan 'dat dit incidentele tegenvallers zijn'. Gestreefd wordt naar beperking van het uitlooprisico.

In 1986 wordt de verwachting uitgesproken dat het aantal en de omvang van claims zullen stijgen door toenemende claimbewustheid, doch, zo wordt daar geruststellend aan toegevoegd, 'de dreiging van onverzekerbaarheid, zoals die zich in sommige opzichten in Noord-Amerika voordoet, lijkt voor Nederland niet waarschijnlijk'.

Het jaarverslag van 1988 maakt gewag van 'toenemende schade bij de medische aansprakelijkheid'. Ook milieu-aansprakelijkheid speelt een steeds grotere rol.

In het Engelstalige verslag van 1989 heet het dat de aandacht van verzekerden wordt gevestigd op het belang van 'pollution liability insurance'. De medische aansprakelijkheid blijkt weer een zorgenkind. Toch wordt de hoop uitgesproken dat de premiestijging een aanvaardbaar resultaat zal bewerkstelligen.

De per saldo nog vrij optimistische geluiden verstommen in

35. ESB februari 1995 blz. 7.

36. Tort law (2e dr.) blz. 2.

1990. Opgemerkt wordt dat zich 'internationaal vaker dan voorheen de vraag aan(dient) of aansprakelijkheidsrisico's nog wel verzekeraar zijn. Op het gebied van produktaansprakelijkheid hebben verzekeraars al eerder extra voorzieningen moeten treffen voor schade door bijvoorbeeld asbestose en het DES-preparaat. Milieuschaden nemen wereldwijd in frequentie en omvang toe. Grote zorgen baren de zeer hoge schadeclaims, vooral in Noord-Amerika, in de sector aansprakelijkheidsverzekering.' De medische aansprakelijkheid blijft verliesgevend. De fusies van advocaten- en notariskantoren en hun internationale bindingen 'vormen een uitdaging deze relaties een passende dekking te blijven bieden', hetgeen vermoedelijk een indicatie is dat dit wel eens op moeilijkheden zou kunnen stuiten.

In het jaarverslag 1991 wordt wederom melding gemaakt van 'zeer forse premieverhoging' ter zake van medische aansprakelijkheid, waar de 'grote verliezen' klaarblijkelijk aanhouden.

Het verslag over 1992 gewaagt van 'hogere schadeclaims' die het resultaat onder druk hebben gezet. Van het DES-arrest wordt gezegd dat dit 'een uitstraling (kan) hebben naar andere produkten en (kan) leiden tot hogere claims in verband met aansprakelijkheid voor wanprestaties bij geleverde produkten'.

In 1993 is de situatie klaarblijkelijk dramatisch verslechterd. Of is sprake van een uiterst zorgelijk cumulatief-effect? Het komt niet uit de verf. Maar de boodschap is indringend: 'Business and professional liability in particular is in danger of becoming uninsurable.'

'De aansprakelijkheidsportefeuille wordt gesaneerd en de polisvoorwaarden worden aangepast.' Aldus de boodschap in mineur over 1994. 'Op het gebied van aansprakelijkheidsverzekering zijn in de gehele wereld schadeclaims zowel in omvang als in aantal sterk toegenomen'.³⁷ 'Ook op het gebied van het milieu is sprake van een groei van aansprakelijkheidsclaims'. De wenselijkheid verzekeren te doordringen van het nut van verzekeringen op dat gebied – waar in 1989 nog de nadruk op werd gelegd – zal niet veranderd zijn, maar 'een aantal milieurisico's (zal) onverzekerbaar blijven.'

Het belang van deze citaten is onzes inziens vooral daarin gele-

37. Zoals vermeld onder 2.3.1 kunnen voor Nederland vraagtekens bij de juistheid van deze stelling worden geplaatst waar het het aantal claims betreft.

gen dat aldus op wel zeer sprekende wijze kan worden geïllustreerd dat zelfs vooraanstaande verzekeraars niet zelden achter de feiten aanlopen. Problemen die zich korte tijd later manifesteren werden kennelijk niet ten volle onderkend. Andere werden onderschat. Het lijkt niet nodig dat hier verder uit te werken. Verdere lezing van dit hoofdstuk moge dienen als onderbouwing van deze stelling.

§ 2.5 Medische aansprakelijkheid

De medische aansprakelijkheid is ontspoord.³⁸ Anders kan niet worden verklaard waarom verzekeraars zich (vrijwel) van deze markt hebben teruggetrokken.³⁹ Bloedbanken zijn al helemaal onverzekerbaar.⁴⁰ Inmiddels is een onderlinge waarborgmaatschappij opgericht, waarvan de ziekenhuizen leden zijn. Deze biedt dekking op claims made-basis. Wanneer een verzekerde niet bereid is de – op grond van de ontwikkelingen verhoogde – premie te betalen, wordt de verzekering beëindigd.

De tot op heden beschikbare gegevens leveren geen verklaring voor dit gegeven op.⁴¹ Uit een door Hubben en Angenent ingesteld onderzoek zou zijn gebleken dat het aantal claims sedert 1984 in de lift zit, maar dat het aantal gehonoreerde stabiel is gebleven. Ook het uitgekeerde bedrag zou niet wezenlijk zijn gestegen,⁴² waarbij nog vermeld zij dat meer dan 50% van de

38. Zie uitvoerig M. Dijkstra, in *Schademecum*. Op blz. 67 is hij voorzichtig; zie evenwel noot 1. Op blz. 69 wordt de groei afgezet tegen inflatie, kostenstijging en het aantal medici en ziekenhuizen.

39. Volgens Mr Kamp van Nationale Nederlanden is het aantal verzekeraars van medische aansprakelijkheid voor intramurale zorg gedaald van 20 in 1983 tot 3 in 1995. Zie ook R. Insinger, *ESB* 1995 blz. 151 en E. Kist, aangehaald in *Intermediair*, 21 juli 1995 blz. 11. Zonder goede grond anders H.J.J. Leenen, *AA* 1995 blz. 856.

40. Kist, aangehaald in *Intermediair*, 21 juli 1995 blz. 11.

41. In 1989 klaagde Stolker er nog over dat grote geheimzinnigheid werd betracht over de cijfers, zij het dat hij toch kans heeft gezien gegevens te bemachtigen. Uit zijn gegevens blijkt dat in 1983 en 1984 een hoogst aanmerkelijke stijging optrad ten opzichte van de voorafgaande jaren. Tot 1984 zou de premie ongeveer gelijk zijn gebleven. Zie Van arts naar advocaat blz. 84 c.v.

42. Zie J.H. Hubben en L.G. Angenent, *MC* 1992 blz. 557 c.v., meer in het bijzonder figuren 1-4. Zie verder ook B. Duynstee, *Intermediair* 21 juli 1995 blz. 11.

claims lager dan f 5000 was. Ruim 10% lag boven de f 50 000 en 3% boven de f 100 000.⁴³ In elk geval: dat zou het geval zijn tot 1990, in welk jaar hun onderzoek ophoudt. Voor het heden kunnen hun bevindingen niet meer juist zijn. Het ligt immers niet in de rede dat verzekeraars een markt verlaten zonder dat daar – objectief bezien – iets alarmerends aan de hand is. Dat lijkt ook daadwerkelijk het geval, zo blijkt uit eigen onderzoek. Hierna wordt telkens gerefereerd aan ‘tekenjaren’.

Aantallen gemelde schades in tekenjaar +	0	1	2	3	4	5	6	7	totaal
(indexcijfers; 1988=100)									
1988	52	30	7	5	3	3	1		100
1989	70	39	12	6	4	3			135
1990	199	73	13	7	6	1			300
1991	231	77	15	7	2				332
1992	235	92	16	1					344
1993	249	77	6						333
1994	249	58							307
1995	39								39

Bij deze cijfers van Centraal Beheer, welke betrekking hebben op ‘medische risico’s’, moet het volgende worden bedacht. De portefeuille-omvang van de betrokken verzekeraar is tussen 1988 en 1990 verdubbeld. Sedertdien bewoog deze zich binnen een marge van 10% (met uitzondering van een 15% stijging in 1991). Vanaf 1995 zijn nauwelijks meer verzekeringen aange-
gaan.

43. Hubben en Angenent, a.w. blz. 558.

Cumulatieve schadelast (= uitgekeerde bedragen + voorzieningen);
(indexcijfers; 1985=100)

tekenjaar +

	0	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10
1985										95	100
1986									107	113	
1987								102	98 ⁴⁴		
1988	35	101	158	185	182	235	307	304			
1989	52	132	204	226	225	266	264				
1990	106	274	318	357	445	455					
1991	168	334	390	514	552						
1992	112	352	511	507							
1993	155	390	449								
1994	216	360									
1995	5										

Ter vergelijking nog enkele van Nationale Nederlanden afkomstige cijfers nopens vooral ziekenhuizen (indexcijfers):

schadejaar	schade- frequentie	gemiddelde schade per claim	gemiddelde schade per polis
1983	100	100	100
1987	103	334	341
1993	93	347	323

Wat de oorzaak van de hoogst opzienbarende stijging is, kan moeilijk met enige zekerheid worden gezegd. Het is denkbaar dat het aantal medische fouten aanzienlijk stijgt. Erg aannemelijk is dat intussen niet.⁴⁵ Ook is geen duidelijke trendbreuk in de rechtspraak of wetgeving aan te wijzen. Daarom lijkt de hoofdoorzaak een ander claimgedrag.

Medische aansprakelijkheid is niet alleen een probleem in ons

44. De daling zal moeten worden toegeschreven aan vrijgevallene voorzieningen. Anders gezegd: de voorziening was te hoog.

45. In het algemene kader beroepsaansprakelijkheid anders C.J.H. Brunner, AA 1995, blz. 941.

land. Ook in Oostenrijk,⁴⁶ Duitsland,⁴⁷ Italië⁴⁸ en de Verenigde Staten⁴⁹ doen zich moeilijkheden gevoelen, terwijl in Engeland tussen 1976 en 1986 de maximum toegekende bedragen omhoog gingen van £ 1600 naar £ 39 164.⁵⁰ In Engeland steeg het aantal claims van 700 in 1973 naar 4000 in 1987.⁵¹

Voor wat Duitsland betreft nog het volgende. Het aantal claims tegen slechts ambulant behandelende artsen beweegt zich kennelijk in neergaande richting. Zelfs vrij spectaculair, want met ruim 40% in 5 jaar. De gemiddelde schade stijgt veel sneller. Tussen 1988 en 1992 met bijna 90%. Anders ligt het ten aanzien van chirurgen, orthopaeden, urologen, gynaecologen, röntgenologen en anaesthesisten. Daar stijgt het aantal claims hard, te weten met ruim 44% in genoemde periode. De gemiddelde claim stijgt in dezelfde periode met ruim 42%. Een explosieve stijging van de omvang van de gemiddelde claim tekent zich af ten opzichte van arts-assistenten. Tussen 1988 en 1992: 245%. Het aantal claims daalde eveneens spectaculair: ongeveer een halvering.⁵² Het aantal claims tegen ziekenhuizen neemt af. In bedoelde periode met 25%; de gemiddelde claim steeg met 50%.⁵³

§ 2.6 Overige beroepsaansprakelijkheid

Berichten in de pers doen vermoeden dat het aanspreken van vrije beroepsbeoefenaren zich in een immense populariteit mag verheugen.⁵⁴ Deze indruk is niet geheel onjuist, zoals kan blijken

46. Oostenrijks rapport 1994 voor de CEA-vergadering 1995 blz. AT-1/2; gesproken wordt over een 'worrying development'.

47. Duits rapport blz. DE-1/5.

48. Italiaans rapport blz. IT-3/5.

49. Zie C.J.J.M. Stolker, Van arts naar advocaat, met name blz. 6 e.v. Hij wijst erop dat de stijging aan het einde van de zestiger jaren inzette, maar dat het besef 'dat er iets misging in volle omvang' eerst vanaf 1974 doordrong. Bedacht dient te worden dat er grote verschillen bestaan tussen de Amerikaanse Staten. Zie Markesinis, a.w. blz. 271 en Hubben en Angenent, a.w. blz. 360.

50. Markesinis, a.w. blz. 260 en voor mogelijke oorzaken ook blz. 262 e.v.; hij veronderstelt dat de neiging om een claim in te dienen stijgt.

51. Markesinis, a.w. blz. 256.

52. HUK Verband, a.w. blz. 98 e.v., ook voor andere gegevens.

53. Blz. 104.

54. Kennelijk en niet onbegrijpelijk maken verzekeraars zich daarover zorgen. Zie CEA-rapport 1994 blz. NL-4/8.

uit door Nationale Nederlanden verstrekte gegevens.⁵⁵ ⁵⁶ Bedacht dient te worden dat de trend reeds meer dan tien jaar geleden inzette. Dat geldt zowel het aantal als de omvang van de claims. Korthedshalve kan worden verwezen naar het eerdere NJV-advies van Arisz.⁵⁷

De ontwikkeling met betrekking tot advocaten, notarissen, accountants en administratiekantoren ziet er als volgt uit:

schadejaar	schade- frequentie	gemiddelde schade per claim	gemiddelde schade per polis
1983	100	100	100
1987	111	113	156
1993	158	148	291
idem raadgevend ingenieurs en architecten:			
1987	100	100	100
1990	121	83	220
1993	142	281	400

Sprake is van een stijging van zowel het aantal claims als de omvang ervan. Naar verluidt in verzekeringskringen kunnen 'mega-claims' niet als oorzaak worden aangewezen.

Door een aantal zeer grote claims is het aanbod van verzekeringen met hoge limieten zeer beperkt voor grote accountantskantoren. Voor de overige beroepen zijn ze nog verkrijgbaar. De gebruikelijke limieten, zeker voor de kleinere advocaten-, notaris- en accountantskantoren, belopen één tot enkele miljoenen.

Zoals bekend tracht een toenemend aantal vrije beroepsbeoefenaren hun aansprakelijkheid te beperken, hetzij door exonerationen, dan wel door het 'tussenschuiven' van rechtspersonen. Het ligt in de rede te veronderstellen dat dit in belangrijke mate, zo niet geheel, is toe te schrijven aan het feit dat omvang en aantal

55. Zie ook B. de Koning, Quote december 1995 blz. 54-55. In een gesprek dat met een aantal verzekeraars heeft plaatsgevonden werd door hen betoogd dat zich ten deze geen relevante problemen voor zouden doen, mede in verband met de vaak hoge eigen risico's.

56. Zo ook de voorzitter van Aegon. Zie M.W.E. Koopmann, AA 1995 blz. 756. Hartlief en Tjittes wijzen erop dat ook het recht ten deze verandert, Schademe-cum blz. 25.

57. NJV 1987 blz. 11-12 en 38.

claims een omvang heeft bereikt die moeilijk meer valt te dragen, noch ook tegen redelijke premies door verzekering kan worden gedekt.⁵⁸ Het Jaarverslag van Nationale Nederlanden over 1993 merkt op dat 'professional liability (...) is in danger of becoming uninsurable'. Meer in het bijzonder: de grote(re) accountants zouden zich geconfronteerd zien met 'telkenjare fors stijgende brutolast van verzekeringspremies'.⁵⁹

Volgens Koeman is het aantal claims tegen belastingadviseurs de laatste vijf jaar 'betrekkelijk sterk toegenomen'. Vaak worden relatief hoge bedragen gevorderd. Ten aanzien van beroepsaansprakelijkheid in het algemeen spreekt J. Wildeboer van 'een zekere toename'.

Navraag leert dat noch NIVRA noch ook de Nederlandse Orde van Advocaten over gegevens beschikken. Dat valt in zoverre te begrijpen dat accountants en advocaten om voor de hand liggende redenen terughoudend zullen zijn deze te verschaffen, zeker indien het zou gaan om niet onaanzienlijke aantallen. Hoe dat zij, voor een adequate behartiging van hun belangen lijken harde cijfers ons toch van node.

In Engeland is sprake geweest van een hausse van claims tegen solicitors. Er zijn aanwijzingen dat thans computer consultants aan de beurt zijn.⁶⁰ Van de 'big six' accountantskantoren zou 8% van de omzet zijn gemoeid met 'professional indemnity costs'. Deze kantoren zijn feitelijk onverzekeraar. In de Verenigde Staten zou dit nog veel ernstiger zijn. Daar zou het percentage 'a staggering 13 per cent' zijn. Van de 'big six' zou tussen de 12 en

58. Zie bijvoorbeeld T. Hartlief, A&V 1994 blz. 143 e.v. met reactie van F.I.I.A. Arisz en J.G.C. Kamphuisen (blz. 148), B. Wessels, NJB 1995 blz. 233 e.v. en preadvies Nederlandse vereniging van ondernemingsrechtadviseurs 1994, beide laatste met veel verdere gegevens en C.J.J.M. Stolker, AA 1995 blz. 13 e.v. Zie verder L.C.J.M. Spigt, Account, december 1994 blz. 51. Het CEA-rapport over 1994 wijst erop dat verzekeraars de premies ten deze, soms beduidend, verhogen (blz. NL 4/8).

59. Wessels, a.w. blz. 233. Te bedenken valt nog dat zij vooral zullen worden aangesproken wanneer de vennootschap, wier rekening zij hebben gecontroleerd, insolvent is. Zie E.J.A.M. van den Akker, in: Het Actuele recht 2 blz. 46. Haar opmerking t.a.p. over onderling regres zal niet steeds hout snijden. De fout van de aangesproken accountant staat vaak los van de eventuele aansprakelijkheid van de vennootschap.

60. Zie nader E. Breen, Claims against computer consultants, Professional liability today, maart 1995 blz. 18 e.v.

15% van de omzet opgaan aan 'legal defence'. In 1994 waren procedures aanhangig voor het fabelachtig hoge bedrag van dertig miljard dollar, terwijl het 'combined partners' capital of the Big Six was estimated at \$2bn'.⁶¹

In Denemarken is, naar aanleiding van een rechterlijke uitspraak waarbij kennelijk op grond van 'frustrated financial expectations' een vordering tegen een bank werd toegewezen, zonder dat sprake was van 'actual capital loss', een commissie ingesteld om de 'liability rules applying to advisors and consultants in the financial sector, including the insurance industry' te beziën.⁶² In Zweden doet zich een stijgende vraag voor naar dekking voor 'financial professions', doch verzekeraars zijn hier nogal terughoudend.⁶³

§ 2.7 Verkeersongevallen

Ook op het gebied van verkeersongevallen is sprake van aanzienlijke veranderingen. Waar het betreft vorderingen tot vergoeding van letselschade mag worden aangenomen dat deze – althans waar het de laatste jaren betreft – rechtstreeks verband houden met de jurisprudentie over overmacht en eigen schuld bij art. 185 (art. 31 oud) WWV. Zie daarover par. 3.6.

Vanaf 1957 tot 1990 zijn de premies gestegen van 19 tot 4334 miljoen; de geboekte schade van 10 tot 2875 miljoen.⁶⁴ In de periode 1989 tot 1994 is de WA-premie personenauto's gestegen met 19% (casco met 13%);⁶⁵ in dezelfde periode steeg de 'geleden schade' met 44%.⁶⁶ Dit laatste percentage mag opzienbarend heten, waaraan niet afdoet dat het niet mogelijk is er een duidelijke conclusie aan te verbinden. Immers: WA-schade om-

61. Zie J. Kelly in *Financial Times* 13 juli 1995: US cavalry may come to the aid of Big Six.

62. Decons rapport over 1994 voor de CEA blz. DK-2/4. Zie over deze problematiek voor Nederland, F. Molenaar, A&V 1995 blz. 107 e.v.

63. Zweeds rapport blz. SE-4/5.

64. Zie tabel 21 bij Financiële gegevens schadeverzekeringsmaatschappijen. CBS 1991.

65. Verzekerd van cijfers 1995 blz. 116. Volgens B. Duynstee, *Intermediair* 21 juli 1995 blz. 11, zouden de WAM-verzekeringspremies de komende jaren met 60% moeten stijgen om de explosief gestegen letselschadelast op te vangen.

66. Idem blz. 124.

vat tevens schade aan andere auto's en zaken.⁶⁷ Op dat gebied is de rechtspraak niet gewijzigd. Tussen 1989 en 1993 is het schadepercentage (de geleden schade per gulden verdiende premie) gestegen van 86 naar 103. Het resultaat bij motorrijtuigenverzekeraars daalde van + 175 naar - 425 miljoen.⁶⁸ Centraal Beheer verwacht tussen 1991 en 1996 een stijging van het gemiddelde bedrag ter zake van letselschade veroorzaakt door een verkeersongeval van indexcijfer 100 voor 1991 naar 151 voor 1996 (wellicht 181). Vermelding verdient nog dat - in elk geval buiten Nederland - soms zéér aanzienlijke schades voorvallen. In Zwitserland is een bedrag van 15 miljoen (!) Sfr. toegekend aan één persoon die bij een verkeersongeval volledig verlamd raakte.⁶⁹

§ 2.8 Arbeidsongevallen

Als onze informatie juist is, zou van een relevante stijging van het aantal claims geen sprake zijn.⁷⁰ Dat mag in zoverre verrassend heten nu juist op dit terrein de jurisprudentie deze wél zou doen verwachten. Kennelijk valt de claimbereidheid van slachtoffers nog wel mee.⁷¹ Dit niettegenstaande het feit dat arbeidsongevallen vermoedelijk op ruime schaal voorkomen.⁷² In de jurisprudentie is een trend te bespeuren werknemers te hulp te schieten bij het 'bewijs' van 'verwilt' in de zin van art. 7A:1638x BW⁷³ en van causaal verband.⁷⁴

67. Opmerking verdient dat de schadelast (casco en WA) met 54% is gestegen (idem blz. 124). Vermoedelijk is dit (mede) toe te schrijven aan verzekering van meer en duurdere auto's. Dat zal zich ook in de WA-last doen gevoelen.

68. R.A.F. Michel, M.S. Kagic-Schreuder en M.A. Immerzeel-Glasbergen, Financiële Maandstatistiek CBS, 95/7 blz. 6.

69. Von Däniken, a.w. blz. 11; zie voor andere voorbeelden blz. 42.

70. Dijkstra, a.w. blz. 69. Niet aannemelijk lijkt de stelling van Hartlief en Tjittes dat verzekeringen een sterk aanzuigende werking hebben gehad (Schademeem blz. 26).

71. Vergelijk J. Spier, A&V 1993 blz. 37 en 1994 blz. 54.

72. Engels onderzoek heeft uitgewezen dat de totale kosten van 'work-related ill health and accidents' tussen de 2 en 3% van het bruto nationaal produkt liggen: Product Liability International/March 1994, blz. 44.

73. Bijvoorbeeld HR 9 juni 1995, NJ 1995, 630.

74. Bijvoorbeeld HR 25 juni 1993, NJ 1993, 686 PAS en Hof Amsterdam 11 mei 1995, NJ kort 1995, 41.

Op verzoek van het Verbond van Verzekeraars is door het Maastrichtse Instituut Metro een onderzoek naar (de evolutie van) arbeidsongevallen en beroepsziekten gedaan, zulks onder leiding van Faure.⁷⁵ In essentie kan naar dit uitvoerige rapport worden verwezen. De auteurs van het rapport worstelen met het probleem dat ook ons parten heeft gespeeld: een betreurenswaardig gebrek aan harde en betrouwbare cijfers.

Duitse statistieken tonen aan dat het aantal meldingsplichtige arbeidsongevallen per 1000 'full time' werknemers vanaf 1950 aanvankelijk vrij sterk steeg: van 79,8 via 126,7 in 1960,⁷⁶ om vervolgens te dalen naar 52,1 in 1990. Sedertdien is het verder gedaald tot 50,9 in 1993. Ook voor dodelijke ongevallen op de 'werkplek' geldt dat in dezelfde periode sprake is van een beduidende daling, zij het dat deze terstond inzette (van 32 naar 5 per 100 000).⁷⁷

Met de nodige slagen om de arm stippen wij nog het volgende aan. Volgens Münchener Rück hangt de mate van arbeidsongeschiktheid *mede* af van andere dan louter medische – niet steeds nauwkeurig vast te stellen – factoren. Daarnaast spelen – het ligt voor de hand – ook psychische factoren én de arbeidsmarkt een rol. In tijden van economische depressie is het aantal arbeidsongeschikten twee- tot driemaal zo hoog als in tijden van voorspoed.⁷⁸ Zou de conclusie te gewaagd zijn dat dit tevens van belang zou kunnen zijn voor arbeidsongeschiktheid ten gevolge van arbeidsongevallen en daarmee voor de omvang van de aansprakelijkheid? Alleen verder onderzoek kan dit uitwijzen.

§ 2.9 Beroepsziekten

Ook hier kan goeddeels worden volstaan met een verwijzing naar het in par. 2.8 genoemde rapport van Faure c.s. In dat rapport wordt tevens een overzicht gegeven van de te verwachten

75. M.G. Faure en T. Hartlief (red.), *Verzekering en de groeiende aansprakelijkheidslast*.

76. BG-Statistiken für die Praxis 1993, uitgegeven door Hauptverband der gewerblichen Berufsgenossenschaften blz. 14/15.

77. Idem blz. 33. Gerelateerd aan 1992 is sprake van een zekere stijging (van 0,04 naar 0,05 of in aantallen van 1310 naar 1414).

78. Zie *Problems of the Disability Risk*, uitgave Münchener Rück 1993 blz. 4 c.v. en blz. 15.

kosten.⁷⁹ Geconcludeerd wordt dat in ons land thans geen goede registratie van beroepsziekten plaatsvindt.⁸⁰ Op basis van een extrapolatie van Duitse cijfers naar Nederland, wordt de verwachting uitgesproken dat de toekomst aanzienlijke moeilijkheden in petto heeft. Vooral voor verzekeraars. Maar, mede afhankelijk van hun reactie, uiteraard niet alleen voor dezen.

Een van de 'problemen' op dit terrein is dat de toenemende medische kennis meebrengt dat steeds meer ziekten kunnen worden vastgesteld, terwijl ook de oorzaak daarvan kan worden aangetoond.⁸¹ Het aantal (in Duitsland) erkende beroepsziekten stijgt hard van 7225 in 1988, via 9051 in 1989 naar 9363 in 1990.⁸² In het bijzonder benzol, asbest en aan (de gewezen) DDR-gerelateerde ziekten springen er uit waar het aanwijzingen voor het feitelijk bestaan van deze ziektes betreft.⁸³

In Duitsland fluctueert het aantal aanwijzingen voor beroepsziekten sterk. We beschikken hier slechts over absolute aantallen, zodat voorzichtigheid past bij de interpretatie ervan. In 1960 ging het (afgerond) om 35 000 gevallen; tot 1970 daalde het tot 23 000. Nadien gaat het weer aanzienlijk omhoog: van 51 000 in 1990 naar 92 000 in 1993.⁸⁴ Wat de oorzaak is van deze gigantische stijging sedert 1990 is ongewis. Mogelijk is zij mede het gevolg van de Duitse hereniging,⁸⁵ maar dat is een verder niet te funderen speculatie. Vermelding verdient nog dat het aantal daadwerkelijke gevallen waarin beroepsziekten leidden tot uitkeringen van betekenis aanzienlijk lager is. Die ontwikkeling is grillig en ziet er als volgt uit:⁸⁶

79. Zie hoofdstuk V.

80. A.w. blz. 127.

81. Zie in gelijke zin R. Insinger, ESB februari 1995 blz. 14, en P. von Däniken, a.w. blz. 5.

82. Zie, ook voor nadere gegevens, BK-DOK '90, Dokumentation des Berufs-krankheiten-Geschehens in der Bundesrepublik Deutschland blz. 30 en 81 e.v.

83. BG-Statistiken für die Praxis 1993 blz. 37 e.v. Zie verder ook het rapport van Faure c.s., meer in het bijzonder bijlagen 1-4 bij hoofdstuk IV.

84. BG-Statistiken 1993 blz. 20. Het gaat hier om 'Anzeigen auf Verdacht einer Berufskrankheit', waaronder wordt verstaan: alle bei den Berufsgenossenschaften eingegangenen Verdachtsanzeigen von Versicherten, Krankenkassen, Unternehmen oder anderen Stellen, unabhängig davon ob sich dieser Verdacht bestätigt (blz. 7)

85. Eender BG-Statistiken für die Praxis 1993 blz. 6.

	Aantal gevallen:
1950	9622
1960	7445
1970	4494
1980	5613
1990	4008
1993	5668 ⁸⁷

Bovendien verschijnt een aantal verontrustende ontwikkelingen op het toneel. Een aantal nieuwe beroepsziekten heeft in andere landen al geleid tot procedures. Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan het ook door Faure c.s. genoemde 'repetitive strain injury'.⁸⁸ Of juist is dat de diagnose – zoals in het Maastrichtse rapport betoogd – slechts in 10% van de gevallen kan worden gesteld mag tegen de achtergrond van Engelse jurisprudentie worden betwijfeld.⁸⁹ Verwant is het 'work related upper limb disorder-probleem (WRULD)', 'a more recent and perhaps less controversial acronym than RSI'. Dit wordt veroorzaakt door het langdurig en zonder relevante pauzes op bijvoorbeeld tekstwerkers werken. In Engeland zijn reeds verschillende vorderingen toegewezen.⁹⁰ Vermelding verdient voorts het 'organisch psycho-syndroom', dat – hoewel omstreden – wordt veroorzaakt

86. BG-Statistiken 1993 blz. 24. Bij Berufskrankheiten gaat het om 'Fälle, für die im Geschäftsjahr erstmals eine Rente oder eine Abfindung oder Sterbegeld gezahlt wurde' (idem).

87. De stijging na 1990 komt – ten minste ten dele – voor rekening van de Duitse hereniging. Zie BG-Statistiken 1993 blz. 24 noot 2 in verband met blz. 6.

88. A.w. blz. 202 e.v. In Nederland is op deze materie gewezen door L. Dommeling-van Rongen, A&V 1995 blz. 27 e.v. Zie uitvoerig over de merites van het verschijnsel RSI J. Morgan, RSI: no strain, no gain, Personal Injury Law and Medical Review, vol. 1, 1994, blz. 123 e.v. In de Verenigde Staten is RSI door het United States National Institute of Occupational Safety and Health omschreven als 'the illness of the decade', te weten 'the commonest single cause of occupational related absenteeism in the developed world' (blz. 125).

89. Zie nader J. Morgan, a.w., blz. 127, B. Langstaff, Upper Limb disorders: work related or unrelated? (1994) Journal of Personal Injury Litigation, blz. 27 e.v. en T. Jones, Strains gains, Law Society's Gazette 91/30 3 augustus 1994 blz. 20 e.v.

90. Zie IIL maart 1995 blz. 45/46 en B. Langstaff, t.a.p. blz. 14 e.v. Hij wijst erop dat het gemiddeld gaat om – wat hij noemt – (relatief) kleine schade, gelegen tussen £ 400 en £ 5000.

door oplosmiddelen.⁹¹ Voorts kan worden gewezen op elektromagnetische velden, die (wellicht) worden veroorzaakt door onder meer computers.⁹² In dit rijtje heeft zich inmiddels ook 'vibration injury' gevoegd. Het gaat hier om een ziekte die vooral duizenden (Engelse) mijnwerkers treft. Vooralsnog (?) wordt ervan uitgegaan dat deze geen olievlekwerking zal hebben.⁹³ Hoewel wij geen spookbeelden willen oproepen, verdient opmerking dat het minder aannemelijk lijkt dat Nederland in al deze gevallen van procedures verschoond zal blijven. Integendeel: verwacht mag worden dat in deze en andere gevallen slachtoffers ook hier te lande zullen trachten hun schade vergoed te krijgen. De bij veel verzekeraars te beluisteren vrees voor een aanzienlijke toename van het aantal claims te dezer zake is dan ook alleszins begrijpelijk.⁹⁴

Zouden onze (apocalyptische) prognoses juist zijn, dan ligt voor de hand dat dit, zeker op den duur, het serieuze risico van veel claims in zich bergt. Althans in die gevallen waarin is voldaan aan de voorwaarden van art. 7A:1638x BW, zoals nader besproken in par. 3.2. Hoewel de rechter zich soms uitput in – op het eerste gezicht nu en dan erg overtuigende – uiteenzettingen waarom de werkgever naar de destijds geldende inzichten tekort is geschoten, kan men zich niet steeds aan de indruk onttrekken dat hij in feite oordeelt op basis van wijsheid achteraf.

Ter illustratie zij gewezen op de droeve lotgevallen van mesothelioom. Er zijn zeker goede redenen er – thans! – van uit te gaan dat werkgevers vanaf 1964 en in elk geval vanaf 1969 bekend hadden moeten zijn met dit verschijnsel en derhalve maatregelen hadden moeten nemen ter voorkoming van blootstelling daaraan.⁹⁵ Te bedenken valt evenwel dat de eerste publicatie van

91. Faure en Hartlief, a.w. blz. 189 e.v.

92. Von Däniken, a.w. blz. 8/9, A. Schmidt, Liability: re-evaluating the dynamic, Product Liability International, november 1994, blz. 172 en Conference Report, Product Liability International, januari 1995 blz. 9. Buiten de sfeer van beroepsziekten valt nog te denken aan Bovine Spongiforme Encephalopathic, primair een runderziekte (mad cow disease), welke evenwel op mensen kan overslaan. Zie blz. 10.

93. Insurance Day 17 januari 1996, blz. 3.

94. Vergelijk J.G.C. Kamphuisen in: Is verzekeren nog verzekerd? blz. 28.

95. Aldus Hof 's-Gravenhage 20 december 1994, A&V 1995 blz. 134 e.v. JS, TMA 1995 blz. 177, Ktr. Middelburg 9 januari 1995, TMA 1995, blz. 180 →

de Arbeidsinspectie dateert van 1971, terwijl het Asbestbesluit eerst in 1977 werd uitgevaardigd.⁹⁶ De gedachte dat het totdien blijkbaar ging om maatschappelijk min of meer aanvaardbaar geachte risico's dringt zich dan op. Daaraan doet niet af dat bedrijven geenszins zonder meer af kunnen gaan op inzichten van de overheid. Maar toch ...⁹⁷

Aan het rapport van Faure c.s. kan nog het volgende worden toegevoegd. De voorspellingen nopens asbestose⁹⁸ en mesothelioom zijn weinig geruststellend. Wat mesothelioom betreft, wordt er rekening mee gehouden dat de komende twintig jaar vijf- tot tienduizend slachtoffers zullen vergen.⁹⁹ Gevreesd moet worden dat ook de 'gewone' asbestziekten zich nog op ruime schaal zullen manifesteren.¹⁰⁰ Jaarlijks zouden ongeveer 300 personen die in het verleden met asbest hebben gewerkt, aan longkanker overlijden.¹⁰¹ Vinke en Wiltshagen menen dat asbestslachtoffers – en slachtoffers van beroepsziekten meer in het algemeen – terughoudend zijn met het entameren van een procedure. Ten dele wegens onbekendheid met de mogelijkheden en de onzekere kans op succes, maar ook omdat er een 'taboe' op rust.¹⁰² Wat hiervan ook zij, publicaties in dagbladen als in het kader van het DES-arrest zullen zonder veel twijfel een mobili-

→ en Pres. Rb. Middelburg, 1 juni 1995, TMA 1995 blz. 183. Zie voor een uitvoerige uiteenzetting over deze materie P.H.J.J. Swuste, in: *Asbest en aansprakelijkheid* blz. 3 e.v.

96. Zie voor nadere gegevens J.M. van Dunné en E.E.I. Snijder, in *Asbest en aansprakelijkheid* blz. 128 e.v.

97. Zie nader de annotatie in A&V 1995, blz. 134 e.v. Voor de hier gesuggereerde benadering is ook zekere steun te vinden in de belangrijke '30 september-arresten' (RvdW 1994, 185 e.v.) inzake verhaal krachtens art. 21 IBS. Zie vooral RvdW 1994, 185 rov 3.8.5. Zij werd gevolgd door Rb. Haarlem 18 februari 1992, kritisch besproken door L. Dommering-van Rongen, Vrb 1992/5 blz. 36 e.v. Het ging hier intussen om produktaansprakelijkheid voor de verwijderingskosten van vloerbedekking waarin asbest was verwerkt.

98. Het rapport verschaffte ter zake belangwekkende gegevens. Zie blz. 194 e.v.

99. J.M. van Dunné en E.E.I. Snijder, in *Asbest en aansprakelijkheid*, blz. 151.

100. Zie in gelijke zin, mede tegen de achtergrond van de ontwikkelingen in de Verenigde Staten, J.M. van Dunné en E.E.I. Snijder, a.w. blz. 153.

101. K. Festen en P.H.J.J. Swuste, TvC 1993 blz. 55.

102. H. Vinke en T. Wiltshagen, *Rechtshulp* 1992, blz. 2 e.v., meer in het bijzonder blz. 10.

serend effect sorteren.¹⁰³ Zou het stelsel van sociale voorzieningen verder worden geslecht, dan zou ook daarvan zeer wel een 'stimulans' kunnen uitgaan.¹⁰⁴

§ 2.10 Produktaansprakelijkheid

Op cijfers over op art. 6:162 BW gebaseerde produkt-aansprakelijkheid hebben we niet de hand weten te leggen. Er zijn geen (concrete) aanwijzingen dat zich op dit terrein moeilijkheden doen gevoelen.¹⁰⁵ Bedacht dient evenwel te worden dat vrijwel zeker sprake is van een aantal grote claims tussen bedrijven onderling. In de gepubliceerde rechtspraak is daarvan nauwelijks iets terug te vinden, mogelijk omdat deze zaken worden geschikt.

Het beeld zou kunnen veranderen ingeval de rechtspraak aansprakelijkheid zou aannemen ter zake van het in het verkeer brengen van zaken die – naar huidige inzichten – gevaarlijke stoffen als asbest bevatten. Gedacht kan worden aan de in par. 3.7.6 besproken Forbo-zaak. In die zaak is de vordering afgewezen. Hoger beroep is niet ingesteld. Asbest is in ongeveer 3000 verschillende produkten verwerkt. Zou aansprakelijkheid moeten worden aangenomen voor deswege veroorzaakte schade – indien en voor zover het causaal verband valt aan te tonen¹⁰⁶ – dan zal het vermoedelijk gaan om aanzienlijke aantallen claims.¹⁰⁷

In de VS is in oktober 1995 een vordering ter zake van siliconenborstimplantaties tot een beloop van bijna \$ 4 miljoen toegewezen tegen Dow Chemical.¹⁰⁸ In de nabije toekomst zal heel wel kunnen blijken dat vergelijkbare problemen rijzen met betrekking tot andere stoffen. Waarop het aankomt is – kort gezegd –

103. Aldus ook Vinke en Wiltshagen, *Rechtshulp* 1993 blz. 13.

104. Wat dit laatste betreft: eender Vinke en Wiltshagen, *t.a.p.* blz. 11.

105. Zie over de verzekeringsmogelijkheden, ook in Nederland, C.E. van den Braak, *Jaarboek Konsumentenrecht* 1991 blz. 83 e.v.

106. Wij gaan hier voorbij aan de mogelijkheid om op basis van statistisch bewijs een deel van de schade toe te wijzen. Zie uitvoerig, ook voor verdere gegevens, de mooie bijdrage van A.J. Akkermans, *Het Verzekeringsarchief* 1995 blz. 44 e.v.

107. Begrijpen wij het goed, dan gaan K. Festen en P.H.J.J. Swuste uit van 200 000 potentieel benadeelden: *TvC* 1993 blz. 67.

108. *Volkskrant* 30 oktober 1995; op de gevaren wijst ook B. de Koning, *Quote* december 1995 blz. 61.

of naar de destijds geldende inzichten sprake was van een produkt dat niet in het verkeer had mogen worden gebracht. Swiss Re wijst vooral met betrekking tot produktaansprakelijkheid op de potentieel verstrekkende consequenties van het 'Änderungsrisiko', waarbij de 'Mangelhaftigkeit von Erzeugnissen welche im Zeitpunkt ihres Inverkehrsbringens gemäß Stand der Wissenschaft und Technik nicht erkennbar gewesen sind'.¹⁰⁹ Voor zover al niet in feite de inzichten van nu worden gehanteerd ter beantwoording van de onrechtmatigheidsvraag is dan wél sprake van meer schades. En dan gaat het nog niet eens om wijziging van het recht.

Bij het bovenstaande zij nog aangestipt dat de dertigjarige verjaringstermijn van art. 3:310 lid 2 BW mede geldt voor schade die is veroorzaakt door gevaarlijke stoffen als bedoeld in art. 6:175 BW. Voor zover het gaat om schade die is teweeggebracht vóór de inwerkingtreding van art. 6:175 BW komt het aan op de, in het licht van art. 6:162 BW te beantwoorden, vraag of de schade is veroorzaakt door zodanige stoffen.¹¹⁰ De wijziging van art. 3:310 BW heeft in feite terugwerkende kracht.¹¹¹

Van verzekeraars hebben we vernomen dat op het stuk van recall-acties sprake is van een duidelijke stijging van het aantal claims.

Volledigheidshalve – want vallend buiten de op art. 6:162 BW gebaseerde aansprakelijkheid – zij vermeld dat de gevolgen van de richtlijn produktaansprakelijkheid, naar wel wordt verondersteld, erg meevallen. Hondius heeft erop gewezen dat de vraag gewettigd is of dit 'gevoelen' wel op solide gronden berust,¹¹² doch de geluiden uit de verzekeringswereld lijken erop te wijzen dat de gevolgen van de richtlijn wéérkelijk meevallen.

Gewezen kan nog worden op schade die kan worden veroorzaakt door electro-magnetische velden (door hoge niveaus van 'non ionising radiation').¹¹³ Door hogespanningsleidingen zou leukemie kunnen ontstaan. In Engeland is, zij het zonder succes,

109. Das Änderungsrisiko, Eine Herausforderung für den Haftpflicht-Unterwriter, uitgave Schweizer Rück 1995 blz. 5.

110. MvA II w.o. 22 599 blz. 1 onder 2.

111. Zie art. 119a Ow.

112. F.H. Hondius, WPNR 6184 blz. 371/372. Weinig optimistisch is A. Schmidt, Product Liability International, november 1994, blz. 172.

113. Zie Von Däniken, a.w. blz. 8/9.

getracht om terzake een vordering tegen de overheid in te stellen.¹¹⁴ Dit probleem wordt – anders dan in de zojuist besproken Engelse zaak – gerangschikt onder produktaansprakelijkheid, omdat alleszins denkbaar lijkt dat sprake is van een gebrekkig produkt in de zin van art. 6:186 BW. Voor ‘oude’ vorderingen zou art. 6:162 BW als basis moeten dienen. Daarenboven is zeker niet onmogelijk dat de overheid die zodanige leidingen aanlegt of doet aanleggen jegens de benadeelden aansprakelijk is. Meer in het algemeen wordt in de Verenigde Staten thans op enigszins ruime schaal geprocedeerd over schade veroorzaakt door electromagnetic fields (EMFs), waarbij onder meer producenten worden aangesproken.¹¹⁵ Wellicht kan ook ondeugdelijke software in de toekomst tot moeilijkheden leiden.¹¹⁶

§ 2.11 Milieu-aansprakelijkheid

Door het Verbond van Verzekeraars wordt aangevoerd dat sprake zou zijn van verscherping van de milieu-aansprakelijkheid met daardoor een grotere last voor verzekeraars.¹¹⁷ Het is goed mogelijk dat dit juist is, maar concrete cijfers ontbreken. Blijkens van Koeman verkregen informatie zou de stijging van het aantal claims tussen 1974 en 1984 ‘betrekkelijk gering’ zijn geweest; in de afgelopen tien jaar is het aantal ‘sterk toegenomen’. Zoals mocht worden verwacht is vrijwel steeds sprake van grote vorderingen; zij liggen zelden beneden de honderdduizend gulden. In 1994 zouden verhaalsprocedures lopen voor een bedrag van 10 miljard.¹¹⁸

114. Zie *Duddridge Case*, Independent 4 oktober 1994.

115. Zie verslag van EMF seminar, Product Liability International/January 1995 blz. 9/1. Volgens Cologne Rc zou de reactie van de industrie en verzekeraars op dit verschijnsel ‘woefully inadequate’ zijn (blz. 10).

116. Vergelijk R.J.J. Westerdijk, Produktaansprakelijkheid voor software, diss. VU 1995 blz. 282. Hetzelfde zou kunnen gelden voor Internet, in welk kader hier blijft rusten onder welke rubriek daaruit voortvloeiende aansprakelijkheid ware te brengen. Zie over deze materie W.H. van Boom en J.H.M. van Erp, *Electronic highways on the road to liability*, in: V. Bekkers et al. (red.), *Emerging Electronic Highways* blz. 153 e.v.

117. Verzekerd van cijfers 1995 blz. 40/41.

118. M. Duintjer, in S. Gutwirth en G. van Maanen (red.), *De natuur van het milieu*, blz. 348.

Indien zou moeten worden aangenomen dat de in het DES-arrest geformuleerde regel ook zou gelden voor milieu-schade, dan zou deswege een aanzienlijke uitbreiding van de milieu-aansprakelijkheid zijn teweeggebracht. Het is intussen onaannemelijk dat de DES-regel naar zodanige gevallen mag worden getransponeerd. De beschikbare jurisprudentie gaat er in het algemeen – en terecht – van uit dat een ‘vervuiler’ slechts aansprakelijk is voor zijn aandeel. Gevallen die goed met de DES-casus vergelijkbaar zijn, zullen zich bij milieu-verontreiniging niet licht voordoen.¹¹⁹ Iets anders is dat er een gerede kans bestaat dat verzekeraars het zekere voor het onzekere zullen nemen. Zij zullen met zeer grote waarschijnlijkheid reageren wanneer zou blijken dat de zojuist geuite veronderstelling onjuist is.¹²⁰

In de Verenigde Staten is milieu-aansprakelijkheid een aanzienlijk probleem. Dit is in het bijzonder het gevolg van de Superfund-wetgeving die met terugwerkende kracht risico-aansprakelijkheid in het leven heeft geroepen.¹²¹ Intussen worden pogingen ondernomen de scherpste kantjes van deze vergaande wetgeving af te slijpen.¹²² Ook in Engeland is de positie van zowel eigenaren als veroorzakers met terugwerkende kracht gewijzigd.¹²³ Swiss Re uit zorgen over deze tak van aansprakelijkheid en wel ten aanzien van gevaren die ‘zum Zeitpunkt der Deckungswährung entweder mangels fehlender Analysenmethoden nicht erkannt werden können oder deren Schädigungsmöglichkeit mangels Wissen unterschätzt worden ist’.¹²⁴

119. Zie voor nadere uitwerking J. Spier en C.H.W.M. Sterk, Aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen blz. 22 e.v.

120. Zie nader J.H. Wansink in (1993) 6 Int. II.R blz. 181.

121. Zie voor gegevens bijvoorbeeld R.B. Stewart, TMA 1991 blz. 89 e.v. Zie voor Canada, D. Saxe, TMA 1992 blz. 35 e.v.

122. Zie nader R. Wallace en M. Lieberman, The new vision of Superfund, Insurance Law & Claims, autumn 1994 blz. 14 e.v. Kort gezegd denkt de overheid eraan een deel van haar vordering prijs te geven, waartegenover een soort heffing op verzekeraars wordt gelegd. Intussen gaat de beoogde nieuwe wetgeving in ander opzicht wel zeer ver. Verzekeraars die reeds een schikking hebben getroffen worden niet vrijgesteld van de ‘retrospective and prospective taxes’ (blz. 17).

123. Zie B. Jones, TMA 1995 blz. 159 e.v.

124. Das Änderungsrisiko, a.w. blz. 5.

§ 2.12 Overheidsaansprakelijkheid

Uit mondeling van de landsadvocaat verkregen inlichtingen kan worden afgeleid dat *in algemene zin* vermoedelijk geen sprake is van een aanzienlijke uitbreiding van de omvang van de aansprakelijkheid van de Staat.¹²⁵ Van systematisch bijgehouden gegevens is evenwel geen sprake, hetgeen valt te begrijpen wanneer er geen wezenlijke uitbreiding is.

Niet uitgesloten is dat invoering van de Awb effect heeft gesorteerd op de omvang van de door de overheid te betalen schadevergoeding. Daarbij gaat het, strikt genomen, om een buiten dit preadvies vallend onderwerp. Omdat, zeker in het kader van art. 8:73 BW, blijkens de parlementaire geschiedenis de maatstaven van de burgerlijke rechter 'zullen' worden gehanteerd ¹²⁶ (sic), lijkt het tóch zinvol gewag te maken van de door Daalder gedane uitspraak dat 'het niet onbegrijpelijk is dat schadeverzekeraars zich zorgen maken over een ontwikkeling waarbij de overheid in steeds verdergaande mate gehouden is om schade te vergoeden'.¹²⁷

De situatie ten aanzien van de lagere, bij Centraal Beheer verzekerde, overheid geeft een ander beeld.¹²⁸ De navolgende cijfers refereren aan 'tekenjaren'.

Aantallen vermogensschades in procenten
gemeld in

'tekenjaar'	+	0	1	2	3	4	5	totaal
(indexcijfers; 1988=100)								
1988		30	20	10	19	12	9	100
1989		27	33	16	17	14		108
1990		55	43	22	26			145
1991		60	57	40				158
1992		73	69					142
1993		81						81

125. Zijn informatie heeft geen betrekking op de belastingdienst. Gegevens daaromtrent zijn ons niet bekend.

126. PG Awb Tweede tranche, blz. 476.

127. F.J. Daalder, Openbaar bestuur 1995 blz. 6/7.

128. Vergelijk ook M. Bosma, Verzekering gemeenten wordt steeds duurder, NRC Handelsblad 20 september 1995 blz. 19.

Aantal gemelde schades in procenten

in tekenjaar +	0	1	2	3	4	5	6	7	totaal
(indexcijfers; 1988=100)									
1988	68	24	3	2	1	1	1		100
1989	73	26	3	2	1	2			108
1990	91	29	4	3	2				130
1991	84	33	6	3	1				127
1992	95	39	6	1					141
1993	104	37	2						143

Cumulatieve schadelast (= betaald en voorzieningen)

tekenjaar +	0	1	2	3	4	5	6	7	8	9
(indexcijfers; 1985=100)										
1985										102¹²⁹
1986									120	125
1987								151	158	
1988	106	137	127	121	129	147	154	154		
1989	93	128	114	128	142	148	161			
1990	114	173	175	182	228	250				
1991	117	212	239	277	288					
1992	120	198	206	208						
1993	142	229	224							
1994	169	225								

Het aantal uitstaande polissen of de omvang van de dekking is in de betrokken periode niet in relevante mate gewijzigd.

Tussen 1985 en 1994 stegen de premie-inkomsten met 179%. Duidelijk is dat de schadelast aanzienlijk harder steeg.¹³⁰ Zowel in verticale als in horizontale lijn lopen de cijfers op.

Het lijkt waarschijnlijk dat de stijging ten minste voor een deel moet worden toegeschreven aan de in par. 3.9 beschreven ontwikkeling van de jurisprudentie. Dat geldt eens te meer wanneer acht wordt geslagen op de onderverdeling van de vermogens-

129. Na 10 jaar 100.

130. Teneinde de verzekeringsresultaten op een aanvaardbaar niveau te brengen heeft Centraal Beheer in 1994 besloten de vermogensschadedekking te beperken (o.a. door over te gaan op een claims made-systeem) alsmede om samen met de gemeenten een procesbeheersingsmodel op te zetten met als doel het aantal schades en daarmee de schadelast te beperken.

schades. Gemiddeld 48% kan worden geschreven op het conto van aansprakelijkheid ter zake van verlening of weigering van vergunningen, bestuursdwang en 'illegale situatie' (?).¹³¹ In 1992 doet zich een aanzienlijke stijging voor, afgezet tegen het jaar daarvoor (in het tekenjaar van 39 naar 68). 6% heeft betrekking op het verstrekken van verkeerde informatie, waarbij opmerking verdient dat het aantal claims in 1992 ineens aanzienlijk stijgt (van 5 naar 15; in 1993 19).

Deze gegevens stroken met van Koeman verkregen inlichtingen. Naar hij meedeelt zou de overheidsaansprakelijkheid in 1974 'vrijwel onbekend' zijn, in 1984 'enigszins toegenomen' en in 1994 'sterk gegroeid'. Hij tekent daarbij aan dat het niet steeds om grote bedragen gaat. Miljoenenclaims komen 'nauwelijks' voor. Volgens een bericht in de Staatscourant zijn gemeenten jarenlang geconfronteerd met stijgende premies en verslechteringen van de voorwaarden. Zulks omdat de betreffende polissen jarenlang verliesgevend zijn geweest. Dit heeft de Vereniging van Nederlandse Gemeenten ertoe aangezet om een Aansprakelijkheids-Onderlinge (u.a.) voor Gemeenten in het leven te roepen. Deze is 1 januari 1996 van start gegaan met 170 gemeenten.¹³²

§ 2.13 Bestuurders-aansprakelijkheid

Het aansprakelijk stellen van bestuurders en commissarissen lijkt aan populariteit te winnen. De oorzaak daarvan is ten dele vermoedelijk gelegen in een aantal wettelijke bepalingen dat het relatief eenvoudig maakt dat te doen. Daarbij valt vooral te denken aan art. 2:138 en 2:248 BW. Het gaat hier intussen om aansprakelijkheid jegens de boedel.¹³³ Ook overigens genieten bestuurders niet meer de 'immunititeit' die zij in het recente verleden de facto nog hadden.¹³⁴

131. In 1992 was dat 44%.

132. Stcrt. 22 december 1995, nr. 249, blz. 1. De nieuwe verzekeraar beoogt tevens te doen aan preventie (idem).

133. Enkele jaren geleden werd daarvan nog weinig gebruik gemaakt: H. de Groot, Bestuurdersaansprakelijkheid blz. XX.

134. Volgens een artikel van M. Tamminga, Na bedrijfsdebaïcle kan de commissaris op claims rekenen, zou Van der Grinten tien jaar geleden, in verband met commissarissen, hebben gesproken van de 'mythe van de aansprakelijkheid': NRC Handelsblad 12 december 1995 blz. 19.

Thans zouden curatoren van grote faillissementen bestuurders en commissarissen aanspreken voor een bedrag van 600 miljoen gulden. Voor een verzekering met een dekking van 10 miljoen gulden zou een 'middelgroot bedrijf met een paar honderd werknemers, zonder buitenissige risico's, tussen de 20 en 25 duizend gulden' moeten betalen.¹³⁵ De dekking die verzekeraars aanbieden kan intussen niet erg royaal worden genoemd.¹³⁶

Ook – en wellicht zelfs: vooral – buiten Nederland gaat het leven van bestuurders en commissarissen steeds minder over rozen. In de woorden van Campbell:

'Shareholders are demanding results. Small to medium sized companies are often unforgiving and have been less shy about taking directors into court when performance does not meet promise. Best efforts are not enough, and what is reasonable can no longer be easily predicted.'¹³⁷

Op het hier besproken gebied zijn tal van – soms vergaande – ontwikkelingen gaande. Zo bijvoorbeeld in Oostenrijk,¹³⁸ Canada,¹³⁹ Denemarken,¹⁴⁰ Frankrijk,¹⁴¹ Noorwegen¹⁴² en Engeland.¹⁴³ Bij herverzekeraars valt een toenemende vraag naar verzekeringen op dit gebied te beluisteren.

§ 2.14 Ontwikkelingen in het schadevergoedingsrecht

De laatste decennia is de berekeningswijze van letselschade ver-

135. Idem.

136. Zie nader De Groot, a.w. blz. 195 e.v. Zijns inziens is onjuist dat de verzekering door het bedrijf wordt afgesloten: blz. 198/199.

137. D. en C. Campbell (red.), *Liability of corporate directors* (1993) blz. VII. Het boek biedt een fraai overzicht van de stand van zaken in een groot aantal landen. De titel op de omslag vermeldt nog *International*.

138. Zie W.G. Kretschmer, in *(International) liability of corporate directors* blz. 43 e.v.

139. W.G. Horton en C. Ritchie, idem blz. 111 e.v.

140. J. Boe en F. Overgaard, idem blz. 151 e.v.

141. P.-A. Gelinas, idem blz. 273 e.v.

142. E. Hirsch en W. Matheson, idem blz. 569 e.v.

143. C. Boxer, *An area of increasing risk*, in *Insurance Law & Claims*, Summer 1993 blz. 32 e.v. (vooral inzake non executive directors).

beterd. Dit heeft geleid tot toename van de schadelast per slachtoffer.¹⁴⁴

Naar verluidt zouden slachtoffers van letselschade steeds vaker vorderingen formuleren wegens verminderde zelfwerkzaamheid als bijvoorbeeld het zelf schilderen van hun woning. Concrete gegevens zijn bij ons weten niet voorhanden. Totdien is er weinig aanleiding aan te nemen dat van een nijpend – laat staan onvoorzienbaar – probleem sprake is.

De rechtspraak is de laatste jaren genereuzer geworden met toekenning van buitengerechtelijke kosten. Zij het dat deze niet in een wanverhouding mogen staan met de gevorderde schade.¹⁴⁵ Deze ruimhartige(r) benadering heeft ook betrekking op in het verleden veroorzaakte schade. In zoverre is duidelijk sprake van een probleem van uitdijend aansprakelijkheidsrecht, waarop niet kon worden geanticipeerd. Maar ook ten deze ontbreken harde cijfers. Het schijnt te gaan om ongeveer 5% van de schadelast.

Het verschijnsel 'whiplash' heeft inmiddels zijn intrede gedaan in Nederland. Het gaat hier, naar wij begrijpen, om een aandoening die medisch moeilijk valt vast te stellen. Naar van verzekeraars werd vernomen leidt het in andere landen niet of in slechts beperkte mate tot gehonoreerde claims.¹⁴⁶ Voor ons land is dat anders. Naar wij begrepen is thans ruim 30%(!) van de vergoedingen ter zake van de letselschade in het verkeer ermee gemoeid.¹⁴⁷ Dit lijkt op zich een veelzeggend – en wellicht zelfs alarmerend – gegeven. Maar de vraag is gewettigd of het niet een enigszins vertekend beeld geeft. Bij deze en dergelijke cijfers pleegt namelijk niet te worden aangegeven of sprake is van uitkeringen die in het verleden onder een andere 'noemer' werden

144. Dijkstra, a.w. blz. 71. Maar belangrijker is de invloed van een betere juridische bescherming (blz. 73).

145. Voor verdere gegevens kan korthedshalve worden verwezen naar J. Spier, A&V 1995 blz. 55 e.v.

146. Ook overigens zijn er aanzienlijke, kennelijk door de nationale omstandigheden bepaalde, verschillen. De vraag wat mocht worden verstaan onder arbeidsongeschiktheid bijvoorbeeld wordt in de verschillende landen op zeer uiteenlopende wijze beantwoord. Zie Problems of the Disability Risk, a.w. blz. 23.

147. Zie ook Volkskrant 2 september 1995 blz. 7, Kosten whiplashes voor verzekeraars. Begin jaren tachtig was whiplash nog vrijwel onbekend, thans worden in Nederland zo'n 15 tot 30 duizend gevallen gemeld. Bij 3 tot 5 duizend personen hebben whiplash-klachten blijvende gevolgen, aldus dit artikel.

gedaan. Die vraag pleegt door verzekeraars ontkennend te worden beantwoord.¹⁴⁸ Van Kremer (Nationale Nederlanden) werd vernomen dat denkbaar is dat een deel van dergelijke klachten in het verleden onder algemene neklachten of posttraumatische neuroses werd gerangschikt. Bij deze laatste ging het samen om maximaal 10% van de schadelast, zodat ten minste een stijging van 20% resteert. Daarmee is thans minimaal f 200 miljoen gemoeid. Het schijnt een ontwikkeling te zijn die Nederland slechts deelt met Zweden en Japan en in mindere mate met Duitsland.

Naar wij vernamen blijft de stijging van het smartegeld¹⁴⁹ beperkt tot de ernstige gevallen.¹⁵⁰ Een moeilijkheid doet zich evenwel gevoelen wanneer de hogere bedragen tevens gelden voor in het verleden teweeg gebrachte schade als asbestose en mesothelioom. Schattenderwijs wordt er wel van uitgegaan dat de aan immateriële schade te vergoeden bedragen in de periode 1991-1996, waar het verkeersongevallen betreft, zullen stijgen met ruwweg 30%. Aangenomen mag worden dat het aantal claims in de lift zit.¹⁵¹

In par. 3.20 wordt aandacht geschonken aan een recent Amsterdams vonnis waarin de ouders van een jeugdig kind, dat ten gevolge van een mislukte operatie geestelijk en lichamelijk gehandicapt werd, vergoeding van immateriële schade werd toegekend. Zou deze uitspraak in stand blijven en a fortiori wanneer de Hoge Raad, à la barbe van art. 6:106 BW, ouders zo'n vergoedingsrecht zou toekennen, dan zal dat stellig leiden tot een beduidend aantal nieuwe claims. De omvang daarvan is moeilijk zelfs maar te schatten. Wél zou mogen worden gehoopt dat een eventuele koerswijziging slechts voor toekomstige gevallen zal gelden.

Het in par. 3.17 te bespreken DES-arrest heeft geleid tot een ware lawine van claims. Het aantal ligt inmiddels boven de

148. Zie par. 3.19.

149. T. Hartlief en R.P.J.L. Tjittes, Verzekering en aansprakelijkheid blz. 2 noot 9 schrijven haar toe aan de 'aanzuigende werking' van de aansprakelijkheidsverzekering.

150. Zie ook Dijkstra, a.w. blz. 70. Zie nader par. 3.19.

151. Dijkstra, a.w. blz. 69.

20 000.¹⁵² Het gaat hier om een van de meest sprekende voorbeelden van het uitdijend aansprakelijkheidsrecht, tenminste wanneer men ervan uitgaat dat onjuist is de suggestie van de Hoge Raad dat het 'slechts' ging om vaststelling van recht dat destijds al gold. Gevreesd moet worden dat het er mede de stoot toe heeft gegeven dat verzekeraars zich zijn gaan herbezinnen op de door hen verstrekte dekking.¹⁵³ Ook het Cijssouw-arrest heeft verzekeraars aan het denken gezet.¹⁵⁴

Hoewel geen verandering in het *recht*, maar in de kosten, valt nog te wijzen op de omstandigheid dat de gemiddelde schade bij zwaar lichamelijk letsel in de lift zit. Dit is vooral toe te schrijven aan de aanzienlijke kostenstijging der geavanceerde geneeskunde en de hogere levensverwachting van ernstig gewonden.¹⁵⁵

§ 2.15 Toegenomen claimbewustheid

'(...) the more advanced a society becomes, the more willing it is to look sympathetically at a wider spectrum of complaints.'¹⁵⁶

Niet zelden wordt betoogd dat de claimbewustheid is toegenomen.¹⁵⁷ Zoals hiervoor onder par. 2.3.1 aan de hand van door verzekeraars in de openbaarheid gebrachte cijfers kon worden aangetoond mist deze algemene grief feitelijke grondslag.

Wél juist is dat zich op een aantal terreinen een stijging manifesteert. Soms is deze zelfs aanzienlijk. Mogelijk speelt hierbij een rol dat de rechtspraak steeds weer nieuwe koersen inslaat. Daarbij lijkt een trend te bestaan om slachtoffers die letsel hebben

152. Zie bijvoorbeeld J.H. Wansink, A&V 1993 blz. 10.

153. Zie nader J.H. Wansink, A&V 1993 met name blz. 10 e.v. en in Is verzekeren nog verzekerd?, blz. 13 e.v. zomede M.G. Faure, NJB 1995 blz. 1232.

154. L.F.J.E. de Wijkerslooth, Vrb 1993 blz. 50.

155. Von Däniken, a.w. blz. 6. Zie voorts Spätrückstellungen blz. 9.

156. Dias en Markesinis, a.w. blz. 2. Zij wijzen t.a.p. ook op een toenemende claimbewustheid.

157. Aldus Verzekerd van cijfers 1995 blz. 41. Anders hetzelfde boekje blz. 40. De op blz. 39 afgedrukte feitelijke gegevens doen vermoeden dat, in het algemeen gesproken, de claimbewustheid *niet* is toegenomen. Daaraan doet uiteraard niet af dat op bepaalde terreinen daarvan wel degelijk sprake lijkt te zijn. Zie voorts bijvoorbeeld R. Insinger, ESB februari 1995 blz. 14, M.W.E. Koopmann, AA 1995 blz. 757, T. de Waard in: Schademecum, blz. 4 en Spätrückstellungen blz. 9.

opgelopen zo mogelijk te hulp te schieten.¹⁵⁸ Ook de bereidheid van de Hoge Raad om soms expliciet 'om te gaan' zou een stimulant kunnen zijn 'het maar eens te proberen'.¹⁵⁹ In geval van *whiplashes* valt niet te ontkennen dat de claimbewustheid in Nederland groter is geworden, hetgeen intussen niet in verband staat met een jurisprudentiële ontwikkeling.

§ 2.16 Andere mogelijke terreinen waarop volgens verzekeraars problemen dreigen te ontstaan

Keer op keer klagen verzekeraars over de wettelijke-renteproblematiek. Bij aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad gaat deze in op het tijdstip dat de schadevergoedingsverbintenis niet terstond wordt nagekomen (art. 6:83 onder b BW). Blijkens de parlementaire geschiedenis is dit 'in de regel' het geval op het moment waarop de schade wordt geleden. Bij concrete schadeberekening (bijvoorbeeld bij letselschade, ziekenhuiskosten) 'zal men kunnen aannemen dat de opeisbaarheid pas ontstaat, doordat de schuldeiser deze kosten opeisbaar verschuldigd wordt'.¹⁶⁰ Ten opzichte van het oude recht – dat een ingebrekestelling eiste – is sprake van een niet onbelangrijke wijziging. Doch in het algemeen zal deze regel, hoewel enigermate wonderlijk, niet leiden tot onvoorzienbare gevolgen. Zij is een aansporing om schades snel af te wikkelen. Indien en voor zover dat niet gebeurt is dat voor laedens en diens verzekeraar minder ernstig dan op het eerste gezicht zou kunnen worden aangenomen. Immers geven zij het verschuldigde bedrag pas later uit. Dat brengt mee dat ze er rente over genereren en/of het kunnen investeren in bedrijfsmatige activiteiten. De 'yield' zal dan vermoedelijk niet zelden gelijk of zelfs hoger zijn dan de wettelijke rente. Serieuze

158. Insinger, t.a.p. wijst daar terecht op.

159. Zie ook Faure en Hartlief, a.w. blz. 72 e.v. Vergelijk J.K. Franx, De Hoge Raad: *voorgaan, doorgaan of omgaan*, blz. 4. De door hem opgeworpen vraag of 'nog wel van een "vaste leer" (kan) worden gesproken' (blz. 6) lijkt vrij retorisch (want het antwoord zal bevestigend moeten luiden). Opmerking verdient dat het bij deze factor vermoedelijk niet gaat om grote aantallen, althans niet totdat de Hoge Raad inderdaad 'om' is. Zie T. Struycken en O. Haazen in: *De rol van de rechter in de moderne westerse samenleving*, blz. 114-116, 122-123, 128-133 en 140-150.

160. PG boek 6 blz. 475

moeilijkheden zouden eerst ontstaan ingeval men bereid zou zijn de rente te laten lopen over 'sluipende schades' voordat deze zich daadwerkelijk hebben gerealiseerd. Het mist goede zin dat te doen.¹⁶¹ De bedenkingen van vooral verzekeraars lopen hierin vast.

Wél is het uiteraard zo dat meer rente moet worden betaald over met name zaakschade. Deze begint, als gezegd, te lopen ten tijde van de beschadiging.¹⁶² Ook wanneer verzekeraars (of de laccidentes) zo spoedig mogelijk betalen, zijn zij deze rente verschuldigd. In individuele gevallen zal het slechts om geringe bedragen gaan, op macro-schaal ligt dat waarschijnlijk anders. Hier komt nog bij dat de regeling veel rompslomp veroorzaakt: het uitrekenen van bagatelbedragen aan wettelijke rente. Ook dat kost geld.

Een veel gehoorde klacht betreft voorts de 'terugtrekkende overheid'.¹⁶³ Daarmee wordt bedoeld op de plannen om het sociaalvoorzieningsniveau verder terug te schroeven. Voorts kan worden gedacht aan mogelijke uitbreiding van regresrechten.¹⁶⁴ Voor een belangrijk deel¹⁶⁵ gaat het hier om een vrees voor de toekomst. Zouden de plannen daadwerkelijk worden verwezenlijkt en zou daardoor inderdaad de schadelast van aansprakelijkheidsverzekeraars toenemen – hetgeen plausibel is – dan levert een dergelijke exercitie overduidelijk moeilijkheden op. Immers: rekening moet worden gehouden met de serieuze mogelijkheid dat dergelijke wettelijke bepalingen onmiddellijke werking zullen hebben. Dat betekent dat ze ook personen betreffen die reeds arbeidsongeschikt zijn. Mede omdat hier sprake is van onzekerheid omtrent inhoud en tijdstip van inwerkingtreding van eventuele wetgeving kunnen verzekeraars – en verzekerden

161. Zie nader J. Spier, mon. Nieuw BW B 36 nr. 54.

162. Zie uitvoerig Schadevergoeding (Bloembergen) Inleiding aant. 26/28 en over de wenselijkheid daarvan J. Spier, WPNR 6199.

163. Bijvoorbeeld R. Insinger, ESB februari 1995 blz. 14. Zie verder Faure en Hartlief, a.w., blz. 67 e.v. en voor de gevolgen, blz. 232 c.v. en Jaarverslag Swiss Re 1994 blz. 21.

164. Zie uitvoerig Faure en Hartlief, a.w. blz. 67 e.v. en W.H. van Boom in: Het actuele recht 2, blz. 39 c.v.

165. Niet geheel; immers is in WAO/AAW-verband het criterium op basis waarvan al dan niet een uitkering wordt toegekend gewijzigd. In verzekeringsland wordt ervan uitgegaan dat de schadelast hierdoor met ten minste een aantal procenten zal stijgen.

– daarop niet zinvol anticiperen. Het zou in theorie mogelijk zijn de premies vast enigermate te verhogen, maar reeds uit commerciële en concurrentiële overwegingen is dat niet eenvoudig. Gehoopt mag worden dat de wetgever gevoelig zal zijn voor de gerechtvaardigde zorg op dit punt.

Als gezegd is het vrij speculatief de gevolgen van deze nog vrij vage plannen te quantificeren. Faure c.s. hebben zich gewaagd aan berekeningen, gebaseerd op verschillende scenario's. Kortheidshalve zij daarnaar verwezen.¹⁶⁶

Te bedenken valt nog dat de onzekerheden over de toekomst ertoe leiden dat de bereidheid van slachtoffers om toekomstige schade ineens af te doen begrijpelijkerwijs vermindert. Niet onverdedigbaar lijkt zelfs dat een advocaat die het slachtoffer niet wijst op de onzekerheden een 'kunstfout' maakt. Vrij algemeen wordt aangenomen dat afdoening ineens tal van voordelen heeft,¹⁶⁷ voor benadeelde én aansprakelijke, nog daargelaten de fiscale voordelen.¹⁶⁸ Zo bezien moet worden gevreesd dat de hier bedoelde onzekerheid een extra last legt op aansprakelijken en hun verzekeraars.

Gewezen kan voorts nog worden op 'internationalisering'. Vooral op het stuk van produktaansprakelijkheid doen de gevolgen daarvan zich gevoelen.¹⁶⁹ (Her)verzekeraars plegen terughoudend te zijn bij verzekering van export naar de Verenigde Staten,¹⁷⁰ waardoor potentiële moeilijkheden vermoedelijk voor een niet onbelangrijk deel worden voorkomen.

Een van de meest gehoorde klachten houdt verband met het feit dat het recht met terugwerkende kracht zou veranderen.¹⁷¹ Deze grief dient ernstig te worden genomen, omdat zij op een

166. A.w. blz. 232 e.v. In de verzekeringswereld wordt – in het kader van letselschade die het gevolg is van verkeersongevallen – aangenomen dat het hier om zeer substantiële bedragen gaat.

167. Zie nader Schadevergoeding (Bolt) art. 105 aant. 5 en J. Spier mon. Nieuw BW B 36 nr. 46.

168. Zie Schadevergoeding art. 105 aant. 9 en J.M. Barendrecht en H.M. Storm, Berekening van schadevergoeding (Storm e.a.) blz. 216 e.v.

169. Zie ook Von Däniken, a.w., blz. 7.

170. Zie nader D.W.F. Verkade, M.Ph. van Sint Truiden en J.F.C. Maanen, Produktaansprakelijkheid naar Nederlands en E.E.G.-recht blz. 202 en 213 e.v.

171. Onder veel meer R. Insinger, ESB februari 1995 blz. 15, en P. Stanley, [1996] IJIL, blz. 78.

aantal terreinen onmiskenbaar hout snijdt.¹⁷² Bezinning is nodig over de vraag wat ware te ondernemen om deze, in een rechtsstaat wellicht minder – en in elk geval geenszins steeds – passende ontwikkeling het hoofd te bieden. Een problematiek die vooral ware te plaatsen in het kader van de vertrouwensbescherming.¹⁷³ Met Franx en anders dan (kennelijk) de Hoge Raad zouden wij menen dat eerdere uitspraken van de Hoge Raad in *elk* geval aanspraak kunnen geven op *enig* vertrouwen dat het recht aldus is.¹⁷⁴

Ten slotte zij nog gewezen op een praktisch probleem van potentieel aanzienlijke betekenis. Wanneer ten gevolge van nieuwe jurisprudentie of op een laat tijdstip ingaan van de verjaring¹⁷⁵ thans nog claims kunnen worden ingediend, waarmee redelijkerwijs geen rekening meer behoefde te worden gehouden, bestaat een goede kans dat de verzekerings- en herverzekeringspolissen niet meer voorhanden zijn.¹⁷⁶ Nog daargelaten dat in een aantal gevallen onduidelijkheid zal bestaan aan welk verzekeringsjaar een bepaalde claim moet worden toegerekend,¹⁷⁷ hetgeen onder meer van belang is in verband met de vigerende polisvoorwaarden en limieten. Te bezien ware of de omstandigheid dat een aansprakelijke persoon geen verhaal meer heeft op zijn verzekeraar van invloed zou moeten zijn op de *omvang* der aansprakelijkheid. Een andere mogelijkheid zou zijn om het instellen van een vordering te kwalificeren als misbruik van recht.¹⁷⁸ Doch, wanneer de benadeelde van de schade niet eer-

172. Zie bijv. onder par. 3.6.5.

173. Zie nader O. Haazen, in: De rol van de rechter in de moderne westerse samenleving, vooral blz. 204 c.v.; zie ook Asser-Vranken nr. 254. Veel voorzichtig J.K. Franx, De Hoge Raad: voortgaan, doorgaan of omgaan blz. 13.

174. Franx, a.w. blz. 5, verwijzend naar HR 16 mei 1986, NJ 1986, 723 MS rov. 3.4.2 De Hoge Raad laat in het midden 'onder welke omstandigheden vertrouwen dat de hoogste rechter bij een bepaalde rechtsopvatting zal blijven volhouden, bescherming verdient'.

175. Ten dele heeft de Hoge Raad een dergelijke ontwikkeling de pas afgesneden. Zie par. 3.22.

176. Vgl. P. Stanley, over *Grale v. Lesley & Godwin Financial Services Ltd*, (1995) IJIL, 289 c.v.

177. Zie ook J.H. Wansink, Joint and several liability of DES manufacturers: a Dutch tort crisis? (1993) Int.ILR 180.

178. HR 14 oktober 1994, NJ 1995, 720 MS. Vergelijk Hof 's-Gravenhage 22 november 1995, rolnr. 92/6295 (niet gepubliceerd). Het ging – kort gezegd →

der op de hoogte was of redelijkerwijs had moeten zijn, ligt die benadering minder voor de hand. Veelzeker is toepassing van art. 6:109 BW dan aangewezen.

§ 2.17 Conclusies: dreigen 'Amerikaanse toestanden' ook in ons land?

Hiervoor is gebleken dat er op *een aantal terreinen* inderdaad sprake is van ontwikkelingen die zorgen baren. Vooralsnog is er geen reden de noodklok te luiden. Maar het valt zeker niet uit te sluiten dat het moment waarop dat dient te gebeuren dichterbij is, dan velen thans willen geloven. Of het aansprakelijkheidsrecht – vooral op het stuk van aansprakelijkheid voor beroepsziekten, beroepsfouten, gebrekkige produkten, en milieuverontreiniging – daadwerkelijk zal ontsporen hangt af van verschillende factoren: de toenemende wetenschappelijke kennis, verder stijgende claimbereidheid en de ontwikkeling van vooral de jurisprudentie. Dat laatste is de kern van dit preadvies en komt in hoofdstuk 3 uitgebreid aan de orde.

→ – om een aanrijding, waardoor een schade was veroorzaakt die ver uitsteeg boven de (minimale) WAM-dekking. Nadat eerst de verzekeraar met succes voor het maximale bedrag was aangesproken, werden vervolgens de bestuurder en zijn werkgever in rechte betrokken. Zij verweren zich met de stelling dat zulks, na verloop van zo lange tijd, niet meer mogelijk zou zijn. Dit verweer slaagt, niettegenstaande de daartegen ingebrachte stelling dat gedaagden deswege niet in hun belangen zijn geschaad. Immers, aldus het Hof: de aangesprokenen zijn 'in een bewijsrechtelijke achterstand (...) geraakt, zonder dat daarvoor (...) een deugdelijke rechtvaardiging' is aangevoerd. Daarom is de vordering 'naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet te verenigen met de tevoren gedurende een reeks van jaren aangenomen houding, in het bijzonder gelet op de daardoor (...) toegebrachte benadeling in hun (der geïntimeerden) bewijspositie, weshalve het beroep op rechtsverwerking (...) slaagt'. De benadering van het Hof is zwak. Veelzeker zou voor de hand hebben gelegen om de aangesprokenen op het bewijsrechtelijk vlak te helpen, indien door het tijdverloop moeilijkheden zouden zijn gerezen. Afwijzing der vordering is een door niets gerechtvaardigde botte-bijmethode. Wanneer evenwel in een geval als dit een beroep op rechtsverwerking al opgaat, is daartoe a fortiori aanleiding wanneer *werkelijk* moeilijkheden ontstaan, bijvoorbeeld door het niet meer voorhanden zijn van een verzekeringspolis.

B. Verzekeringsdeel

§ 2.18 De positie van verzekeraars

‘Nebst dem aus den eigentlichen wirtschaftlichen Aktivitäten des Versicherungsnehmers resultierenden Risiko ergeben sich weitere risikobestimmende Erscheinungen, welche die Versicherbarkeit von Gefahren und deren Folgen mitbestimmen und von Versicherungs-Underwriter zu beobachten sind. Es sind dies das Zufalls-, das Irrtums-, und das Änderungsrisiko.’¹⁷⁹

Hiervoor is betoogd dat een belangrijk deel van de problemen uit hun aard bij verzekeraars terecht komt. Indien en voor zover verzekeraars dekking geven komen *alle* claims uiteindelijk bij hen.¹⁸⁰ Benadeelden en aansprakelijken worden in het algemeen ‘slechts’ met één of hooguit enkele schades geconfronteerd.

Verzekeraars hebben van oudsher nagedacht over risico’s die zij wel respectievelijk niet wensen te dekken. Als uitgangspunt zal vermoedelijk mogen worden genomen dat vrijwel alles verzekeraar is.¹⁸¹ Ten minste, wanneer aan één voorwaarde is voldaan: de risico’s moeten redelijkerwijs te calculeren zijn.¹⁸² Verzekeraars kunnen leven met beheersbare onzekerheid. Die is immers inherent aan verzekeren. Maar zij houden er niet van om sprongen in het duister te maken, zeker niet wanneer zij de kans lopen dat deze hen in onpeilbare dieptes storten.

Assuradeuren trachten zich in te dekken tegen rampspoed. Zo

179. Das Änderungsrisiko, Eine Herausforderung für den Haftpflicht-Underwriter, uitgave Schweizer Rück 1995 blz. 4.

180. Korthedshalve gaan we hier voorbij aan herverzekeringen.

181. Zie bijvoorbeeld A. Keller, Kritische Würdigung des schweizerischen Systems aus der Sicht der Versicherungen, in: Colloque Développements récents du droit de la responsabilité civile, O. Guilloid (ed.) blz. 391. Hij wijst er voorts op dat ‘Die Versicherungen (...) sich deshalb keineswegs gegen jede Ausdehnung der Haftung’ en andere veranderingen ‘sträuben’.

182. R.C. Insinger, ESB 1995 blz. 14. Zie voor nadere gegevens Colin Camerer en Howard Kunreuther, Making Decisions About Liability and Insurance: Editor’s Comments, in Making decisions about liability and insurance, met name blz. 9 en 10. Dit wordt terecht onderstreept in Restatement of the Law Third, Restatements of the Law of Torts: Product liability, 2e tentative draft, maart 1995 blz. 16.

wordt vrijwel¹⁸³ steeds de dekking gemaximeerd. Voorts komen serieschade-clausules en 'aggregate limits'¹⁸⁴ voor en wordt de dekkingsoomschrijving in een aantal opzichten beperkt.

Het ligt voor de hand dat verzekeraars doorgaans slechts dekking willen geven voor hetgeen zich tijdens de looptijd van de verzekeringsovereenkomst heeft voorgedaan. Schade die reeds was voorgevallen en ook al bekend was, is geen onzeker voorval en derhalve onverzekerbaar.¹⁸⁵ Schade is, en was zeker in het verleden, veelal het gevolg van een plotselinge gebeurtenis, zoals een exploderende tank, een werknemer wiens hand in een pletmachine wordt vermorzeld of een auto-ongeval. Zij wordt dan terstond bekend. Op eenvoudige wijze valt vast te stellen of zij voorviel gedurende de looptijd der overeenkomst.

Nog steeds is de zoëven genoemde situatie regel. Maar het aantal uitzonderingen neemt toe. Te denken valt aan allerhande vormen van long tail-schades¹⁸⁶ (als asbestose en andere beroepsziekten, milieuverontreiniging en schade veroorzaakt door geneesmiddelen). De gebeurtenis die uiteindelijk schade te weegbrengt ligt hier niet zelden in het verleden. De vraag rijst dan: valt zij onder de dekking van een verzekeringsovereenkomst en zo ja: welke? Als er dekking bestaat, dan is het – afgezien van limieten – lood om oud ijzer of dat het geval is onder de eerste of een van de opvolgende polissen. Maar, zoals hierna zal blijken, kan er allerminst als vanzelfsprekend van worden uitgegaan dat bij één van de verzekeraars kan worden aangeklopt.

De opkomst van de long tail-problematiek heeft ertoe geleid dat verzekeraars zich de vraag zijn gaan stellen of het nog wel verantwoord is om de dekking (over de gehele linie) te baseren op de klassieke vormen van schade, voortvloeiend uit een plotselinge gebeurtenis. Ook andere factoren brachten mee dat verzekeraars zich gingen bezinnen. Daarbij valt vooral te denken aan het – in hun ogen – uitdijend aansprakelijkheidsrecht, het – naar zij niet zonder reden stellen – op een aantal terreinen toene-

183. Uitzonderingen komen, merkwaardigerwijs, voor. Zie bijvoorbeeld G. Viney, in: J. Spier (red.), *The Limits of Liability*, blz. 127.

184. Zie nader J.H. Wansink, *De algemene aansprakelijkheidsverzekering* (2e dr.) blz. 118 e.v.

185. Zie nader Scheltema/Mijnssen, *Algemeen deel van het schadeverzekeringsrecht*, 4e dr. blz. 93 e.v., met name blz. 96f.

186. Zie uitvoeriger J.H. Wansink, *A&V* 1995 blz. 1 e.v.

mend aantal claims en de toenemende *omvang* van afzonderlijke claims. Last but not least bekreunen zij zich over de jurisprudentiële ontwikkelingen die het recht met terugwerkende kracht veranderen.¹⁸⁷

Hierna geven we een overzicht van de dekkingssystematiek die in het verleden is toegepast en die welke thans door het Verbond van Verzekeraars wordt voorgesteld. Aan de hand daarvan kan worden aangegeven of wijzigingen in het recht en toename van het aantal claims en de omvang daarvan serieuze moeilijkheden voor verzekeraars hebben opgeleverd of nog zullen opleveren. Vervolgens komt aan de orde of de wijze waarop verzekeraars zich voor de toekomst trachten in te dekken het beoogde effect zal sorteren. Daarbij verdient opmerking dat een effectief optreden tegen een verwacht verder uitdijen van het aansprakelijkheidsrecht de andere rechtstreeks betrokkenen raakt. De verzekeraarbaarheid neemt af en dus worden de problemen doorgeschoven naar benadeelden, aansprakelijken en de maatschappij. Het zijn niet in het minst deze mogelijke consequenties die het noodzakelijk maken aan deze materie relatief ruim aandacht te besteden.

§ 2.19 Act committed en loss occurrence-dekkingen

2.19.1 *Inleiding*

Lange tijd is de aansprakelijkheid ter zake van door bedrijven veroorzaakte schade (AVB) gedekt op aanvankelijk *act committed* en later *loss occurrence*-basis. In ons land was de eerst bedoelde variant gangbaar in de vijftiger en zestiger jaren;¹⁸⁸ de tweede kwam in het begin van de zeventiger jaren in zwang.¹⁸⁹ De laatste tijd zijn bepaalde risico's nog uitsluitend gedekt op *claims made*-basis. Op die laatste dekkingsmodaliteit wordt onder par. 2.20 ingegaan.

187. Zie bijvoorbeeld Faure en Hartlief, a.w. blz. 22 e.v.

188. Zie voor een principieel betoog ten faveure van act committed-dekkingen J.F.v.M. Lippmann, Verzekeringen tegen W.A. blz. 91 e.v. en daar genoemde literatuur. Eender H.A. Bongers, Algemene wettelijke aansprakelijkheidsverzekering blz. 62.

189. Zie o.m. J.H. Wansink, (1993) 6 Int. ILR 180.

2.19.2 *De betekenis van act committed en loss occurrence (algemeen)*

Dekking op basis van act committed betekent dat de verzekeraar kan worden aangesproken ter zake van schade, welke het gevolg is van een *gebeurtenis* die tijdens de looptijd der verzekering heeft plaatsgevonden. Het komt dus aan op het tijdstip van de gebeurtenis. Het inlooprisico is geheel uitgesloten; het uitlooprisico is daarentegen ten volle gedekt.¹⁹⁰

Bij loss occurrence is beslissend of de *schade* tijdens de looptijd van de polis is ontstaan. Of de gebeurtenis, waaruit zij voortvloeit, eveneens in die periode voorviel is zonder betekenis. In deze variant wordt de inloop (in de zin van: eerdere gebeurtenis, maar nog geen schade) volledig gedekt, terwijl ook de uitloop (dat wil zeggen later binnenkomende claims) wordt gedekt, voor zover de schade maar gedurende de looptijd teweeg is gebracht.¹⁹¹

Laatstebedoeld stelsel lijkt eenvoudig en aantrekkelijk. Maar schijn bedriegt. Bij 'klassieke' schades is zonder meer duidelijk wanneer zij ontstaan. Zo bijvoorbeeld bij aanrijdingen, arbeidsongevallen, explosies etc. Inmiddels weten we dat er ook andere schadesoorten zijn. Daarbij verdienen in het bijzonder de aandacht sluipende schades of ziektes met een (lange) incubatietijd. Wanneer bijvoorbeeld *ontstaat* schade wanneer voor tot een vordering aanleiding gevende verontreiniging vereist is, dat een bepaalde drempel wordt overschreden, terwijl dat eerst na verloop van tijd, en door op opeenvolgende gebeurtenissen, gebeurt? En hoe zit het met mesothelioom? Veronderstellenderwijs aannemend dat het inademen van één kristal fataal zou kunnen zijn: moet worden gerekend vanaf het tijdstip van inademen? Of vanaf het begin van de lichamelijke aantasting, het onomkeerbaar worden van het proces, de eerste (vage?) klachten, de manifestatie of de vaststelling? En, zo men voor dit laatste zou kiezen: waarvan? Vragen die allesbehalve eenvoudig te beantwoorden zijn, mede omdat zij raken aan zeer wezenlijke kwesties.

De zojuist betrokken stelling (beantwoording valt niet licht) is in de hier besproken context niet per se juist. Zij gaat op indien de toepasselijke polisvoorwaarden zich niet meer en detail over

190. Wansink, a.w. blz. 100.

191. Wansink, a.w. blz. 103/4.

deze kwestie uitlaten. Een situatie die zich, voor zover ons bekend, veelal voordoet. Toch zou het onzes inziens zeker mogelijk zijn geweest door een behoorlijke formulering ten minste voor een deel duidelijkheid te creëren. Zo het al niet mogelijk zou zijn geweest om één algemene redactie te bedenken, had men op de verschillende in aanmerking komende categorieën toegesneden voorwaarden kunnen vervaardigen.

Eerlijk gezegd is niet duidelijk waarom verzekeraars niet hebben getracht aldus tewerk te gaan. Zij zijn zich al zeker 10 jaar bewust van moeilijkheden die op komst zijn.¹⁹² Ook door herverzekeraars is, naar verluidt, al jaren aangedrongen op een serieuze overdenking van deze problematiek.¹⁹³ Maar deze en andere pleidooien waren aan dovemansoren gericht. Dat is jammer, want aldus hebben assuradeuren een deel van de moeilijkheden, waarover zij op zich terecht klagen, aan zich zelf te wijten.

2.19.3 De problemen van act committed en loss occurrence dekkingen

Naar verzekeraars betogen is gebleken dat 'het meest onbeheersbaar voor algemene aansprakelijkheidsverzekeraars zijn de long-tail- en sluimerende risico's en het hieraan verbonden cumulatierisico. Verzekeraars worden door hantering van de huidige loss-occurrence polissen geconfronteerd met claims die niet voorzienbaar waren en vaak in een ver verleden veroorzaakt zijn.' In dit verband noemen zij werkgeversaansprakelijkheid voor beroepsziekten, produktaansprakelijkheid en milieuaansprakelijkheid.¹⁹⁴ Verder lijken zij bevreesd te zijn voor softwareaansprakelijkheid.¹⁹⁵

Hiervoor is gebleken dat op enkele terreinen reeds sprake is van een aanzienlijke stijging van de schadelast, terwijl in de toekomst een verdere stijging is te verwachten.¹⁹⁶

192. In 1983 wees bijvoorbeeld H.O.Th. Hugenholtz, De begrenzing van de aansprakelijkheidsverzekering voor bedrijven naar tijd, grootte van het verzekerde bedrag en naar plaats, al op 20 000 asbestosegevallen in de VS (blz. 56).

193. Waarbij overigens de gesuggereerde oplossing veelal een andere was.

194. Advies herbezinning AVB blz. 1.

195. Advies blz. 5.

196. Het gememoreerde DES-arrest (Advies blz. 7) is zonder twijfel een onaangename verrassing voor verzekeraars geweest. Maar het heeft op zich niet veel te maken met long tail-schade. Wel geldt dat de *consequenties* ervan →

2.19.4 *Nadere uitwerking van loss occurrence*2.19.4.1 *Wat is 'loss occurrence'?*

Hiervoor werd summierlijk ingegaan op de moeilijkheden die loss occurrence dekkingen kunnen opleveren voor verzekeraars. Een zekere uitwerking is geboden. Deze dekkingsmethodiek veroorzaakt nog andere problemen, waarvan verzekeraars zich wellicht onvoldoende bewust zijn. Nederlandse rechtspraak over de interpretatie van 'loss occurrence' ontbreekt. Er bestaan verschillende theorieën over. Wansink opteert voor de manifestatietheorie. Het komt daarbij aan op de vraag wanneer de schade zich 'openbaart'.¹⁹⁷

Maar ook een andere uitleg is zeker mogelijk. Zo zou in geval van 'deelschade' zeer wel kunnen worden aangenomen dat de veroorzaking van ieder deel een occurrence is.¹⁹⁸ Of deze benadering opgeld zal doen, zal waarschijnlijk afhangen van de ontwikkeling van het materiële recht. Aangenomen mag worden dat het verzekeringsrecht haar zal volgen. Een voorbeeld ter verduidelijking. Zou moeten worden aangenomen¹⁹⁹ dat een werkgever, bij wie een werknemer gedeeltelijk is blootgesteld aan asbeststof, voor het met dat deel van de schade corresponderende bedrag, zou kunnen worden aangesproken, niettegenstaande het feit dat de fatale drempel eerst bij de opvolgende werkgever is overschreden, dan ligt voor de hand dat hij voor dat deel bij zijn AVB-verzekeraar kan aankloppen. Het verweer dat, in *assurantis*, als 'occurrence' heeft te gelden de drempeloverschrijding bij de volgende werkgever die zelf ook slechts voor een deel aansprakelijk is, kan niet opgaan. Het zou leiden tot absurde consequenties. De wél aansprakelijke eerste werkgever zou geen regres op zijn verzekeraar hebben.

→ aanzienlijk schrijnender worden. In vergelijkbare zin Wansink, 1993, *Int. ILR* 181. De voor de hand liggende oplossing is de dekking te beperken tot bijvoorbeeld de schade, corresponderend met het marktaandeel van de verzekerde, al lost dat voor de grote herverzekeraars niets op. Maar zij ontvangen in elk geval van iedere herverzekerde premie.

197. A.w. blz. 104.

198. Zie Wansink, a.w. blz. 107 en A&V 1995 blz. 1.

199. Zie in algemene zin Schadevergoeding (Boonckamp) art. 98 aant. 22, A.J. Akkermans, WPNR 6043 en J. Spier, *Sluipende schade* (oratie Tilburg).

2.19.4.2 Nadelen van 'loss occurrence'

De nadelen van loss occurrence-polissen komen in het bijzonder ook aan het licht bij gevallen van sluipende schade en bij onzeker causaal verband. Aan de hand van enkele voorbeelden zullen wij dat adstrueren.

Duizend werknemers werken bij één bedrijf waarin met asbeststoffen wordt gewerkt. Alle duizend krijgen na verloop van geruime tijd mesotheliom. Het bedrijf was in de periode waarin de werknemers aan asbeststof waren blootgesteld verzekerd bij drie achtereenvolgende verzekeraars (A, B en C), telkens met een limiet van vijftig miljoen gulden. De totale schade beloopt hondervijftig miljoen. Wanneer de fatale blootstellingen hebben plaatsgevonden valt (uiteraard) niet meer vast te stellen. De kans dat dit gebeurde gedurende de looptijd der onderscheidene polissen is – nemen we aan – even groot. Niet geheel zonder aarzeling komt het ons voor dat het bedrijf A, B en C kan aanspreken, ieder voor de volle limiet.²⁰⁰

Dezelfde casus met een lichte verandering. Het bedrijf is, gedurende de looptijd van de verzekeringen A, B en C, twee maal voorwerp van een 'asset deal' (alle assets worden aan een andere rechtspersoon overgedragen; de werknemers volgen, al dan niet 'meegezogen' door art. 7A:1639aa e.v. BW). De rechtspraak van de Hoge Raad zal zo begrepen mogen worden dat de werknemers iedere werkgever voor de gehele schade kunnen aanspreken, des dat ieder hunner zijn schade uiteraard slechts eenmaal vergoed kan krijgen.²⁰¹ Het lijkt weinig twijfel dat A, B en C tot het volle beloop van de limiet kunnen worden aangesproken.

Hoewel daarvoor nog geen concrete aanknopingspunten in de rechtspraak zijn te vinden, lijkt niet te boud te veronderstellen dat het vorenstaande eveneens zal gelden bij de meer klassieke asbestgevallen. Ook daar kan onzekerheid bestaan over het precieze tijdstip waarop de 'occurrence' (hoe ook begrepen) plaatsvond. Zulks omdat de incubatietijd een vrij aanzienlijke 'band-

200. Zie voor nadere motivering J. Spier, A&V 1995 blz. 137/8. Het betoog is primair toegespitsd op de, in het besproken geval, vigerende act committed-dekking. Maar, uiteraard afhankelijk van de bewoordingen van de loss occurrence omschrijving, zal in laatstbedoeld geval hetzelfde gelden.

201. Dit lijkt de consequentie van HR 25 juni 1993, NJ 1993, 686 (PAS).

breedte' heeft.²⁰² In de twee hiervoor kort besproken casus zal dat, denken wij, tot dezelfde uitkomsten nopen.

Vergelijke problemen rijzen ingeval sprake is van een bedrijf dat gedurende tien jaar bepaalde lozingen verricht. Het bedrijf is bij drie opeenvolgende verzekeraars verzekerd, telkens met een limiet van tien miljoen gulden. De schade beloopt dertig miljoen. De som der lozingen veroorzaakt de schade. Aannemend dat als 'loss occurrence' heeft te gelden ieder der deelgebeurtenissen, kan iedere verzekeraar worden aangesproken voor de gehele limiet.

Het gaat hier slechts om een aantal, voor de praktijk zeer relevante, voorbeelden. Zij illustreren dat de ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht verzekeraars rechtstreeks raken. Het is, voorzichtig gezegd, zeer kwetsieus of zij hun premies op een en ander hebben afgestemd. Zou dat niet zo zijn, dan hebben de turbulenties van dit rechtsgebied effecten waaraan nog nauwelijks aandacht is geschonken.

Onnodig te zeggen dat het zojuist opgemerkte a fortiori van betekenis is voor herverzekeraars. Naar mag worden aangenomen hebben zij zich nimmer gerealiseerd dat ze – kort gezegd – ten aanzien van een en dezelfde onderneming en haar werknemers enkele malen hetzelfde risico zouden kunnen lopen. Of dit besef thans wel bestaat ...

Hiervoor bleek dat in een aantal situaties de 'occurrence' later in de tijd ligt dan de gebeurtenis die de schade heeft berokkend. De consequentie van occurrence-dekking is dan dat de dan geldende voorwaarden bepalen of en tot welke limiet dekking bestaat. In het algemeen genomen zullen de limieten hoger worden. Dat is niet alleen het gevolg van inflatiecorrecties. De kans op aanmerkelijke schade en de wens deze te dekken zijn daaraan vermoedelijk debet. Bezien vanuit de optiek van verzekeraars is een occurrence-dekking daarom allesbehalve het paradijs op aarde. Nu zou het mogelijk zijn om overeen te komen dat de limiet, zoals deze bestond ten tijde van de gebeurtenis, geldt. Maar dergelijke bedingen zijn niet gebruikelijk.

202. Van 10 tot meer dan 20 jaar. Zie H.T. Planteydt, Asbestos exposure and health, in: J.M. van Dunné, Asbest en aansprakelijkheid blz. 120.

2.19.5 De beoogde oplossingen voor de problemen

De hier beschreven dekkingsmodaliteiten hebben in een aantal gevallen voor verzekeraars zeer nadelige gevolgen. Het ligt voor de hand dat zij zich hebben beraden over oplossingen. Zij menen deze te hebben gevonden in de introductie van *claims made*-dekkingen. In de volgende paragraaf wordt uitvoerig aandacht besteed aan de nieuwe dekkingsvariant. Een oplossing die in 1951 door Lippmann nog werd verguisd:

‘Het komt bij geen zinnig mens op, de verzekeraar ontslagen te achten, wanneer bijv. een persoon, die een of twee dagen voor thuiskomst ergens in de Oostenrijkse Alpen aangereden is en die wellicht in een ziekenhuis opgenomen, geen kans ziet binnen die dagen -misschien Zon- en feestdagen- een aansprakelijkheidsstelling bij de euvle dader thuis te bezorgen.’²⁰³

Uiteraard heeft Lippmann gelijk. Maar zijn voorbeeld is niet helemaal fair. Onvermijdelijk moeten de ontwikkelingen de kant van *claims made* opgaan. De daartegen gekoesterde bezwaren zijn, zoals zal blijken, niet valide.

§ 2.20 De dekking op basis van *claims made*

2.20.1 Betekenis

Steeds vaker wordt aansprakelijkheid verzekerd op basis van het zogenaamde *claims made*-systeem. Deze dekkingsmethodiek abstraheert van het tijdstip van plegen van de wanprestatie of onrechtmatige daad, alsook van het moment dat de schade zich voordoet. Vereist is slechts dat de *vordering wordt ingediend tijdens de looptijd van de verzekering*. De indiening van de vordering vormt de grondslag voor de dekking en geeft aanleiding tot de uitkeringsverplichting van de verzekeraar.

In de Nederlandse rechtsliteratuur wordt hieraan nog weinig aandacht besteed.²⁰⁴ De buitenlandse rechtsontwikkeling is op

203. Lippmann, a.w. blz. 92.

204. Men zie echter J.H. Wansink, a.w. blz. 98, 110-112; idem, A&V 1993 blz. 7; idem A&V 1995 blz. 1; Handboek Milieu-aansprakelijkheid (Knoop Pathuis), blz. F1500-4; M.G. Faure, T. Hartlief e.a., Verzekering en de groeiende →

dit punt duidelijk verder.²⁰⁵ Een goed begrip van claims made en wat er bij komt kijken vergt bestudering van buitenlands recht en van de problemen zoals die daar ervaren zijn.

Volgens Wansink 'is in ieder geval voor de dekking bepalend dat de vordering tot schadevergoeding door de verzekerde dan wel diens verzekeraar tijdens de duur van de contractstermijn is ontvangen.'²⁰⁶ Het kan derhalve gaan om het melden van de ontvangst van een claim door de verzekerde aan de verzekeraar, maar ook om de aansprakelijkstelling van de verzekerde.²⁰⁷

→ aansprakelijkheidslast, 1995, hfdst. VII, §6.c.1.c en 2; Kamphuisen, preadvies, a.w. blz. 85-86; D.W.F. Verkade, M.Ph. van Sint Truiden en J.F.C. Maassen, Produkt in gebreke, blz. 214; E.H. Hulst, Grondslagen van milieuaansprakelijkheid, blz. 528.

205. Met name de Angelsaksische rechtsstelsels. Zie onder meer American Bar Association, Report of the commission to improve the liability insurance system, Denver 1989, blz. 146-155; M.A. Clarke, The Law of Insurance Contracts, Lloyd's of London Press, (1994), blz. 404-408; E.R. Hardy Ivamy, General Principles of Insurance Law, (1993), blz. 421-427; R. Marshall, The Underwriter's Need for 'Claims Made', 1994, International Journal of Insurance Law, blz. 249-252; C.A. Depel, The Co-ordinated Asbestos Cases: the Most Complex Insurance Coverage Litigation in US History, 1994, 10 International Insurance Law Review, blz. 376; Derrington & Ashton, The Law of Liability Insurance, Buttersworths, Adelaide 1990, blz. 281-287; F. Hawke, Notification of Circumstances under Claims Made Policies: Some Observations upon the Scope and Operation of the Insurance Contracts Act 1984, 1994, 6 Insurance Law Journal, blz. 252-280 en M. Sheller, 'Claims made': the Australian Experience, 1994, IJIL, blz. 188-191. Zie voorts: J. Angell, Claims Made Policies or Occurrence Policies in Civil Liability Insurance: a Spanish Judicial Perspective, 1994, IJIL, blz. 112-116 en Claims Made Policies or Occurrence Policies in Civil Liability Insurance in Spain: Announced Legislative Changes, 1994, IJIL, blz. 191-192; A.M. Alvarez-Barón, Spain's Claims-Made Crisis, 1994, 8 IILR, blz. 316-319; C. van Schoubroeck en G. Schoorens, De aansprakelijkheidsverzekering: a never ending story, Tijdschrift voor Belgisch handelsrecht 1995, blz. 644-660; M. Fontaine, Claims Made Policies under Belgian Law, 1994, IJIL, blz. 128-129; M. Hagopian, France: the Supreme Court rules that 'Claims-Made' Coverage is a Nullity, 1994, IJIL, blz. 52-53; S. Hankey, Claims Made Policies and Choice of Law in the European Union, 1994, 7 IILR, blz. 267-272.

206. J.H. Wansink, A&V 1993, t.a.p.; eender, De algemene aansprakelijkheidsverzekering, o.c. blz. 98-99 en 110.

207. Zie M. Clarke, o.c. blz. 404 en 407; F. Hawke, o.c. blz. 256; American Bar Association, o.c. blz. 147. Sommige landen kennen bovendien de *action directe* van het slachtoffer jegens de verzekeraar; zie daarover onder meer CdC, 1ère Ch. RGAT 1991, 1. In geval van een *action directe* vallen de door Wansink, De algemene aansprakelijkheidsverzekering, o.c., blz. 97 onderscheide vijfde en zesde fase (aansprakelijkstelling resp. melding) als het ware samen.

De claims made-dekkingssystematiek betekent dat *in beginsel* de zogenaamde inloop geheel en de zogenaamde uitloop in het geheel niet onder de dekking valt.²⁰⁸ Het inlooprisico bestaat uit twee componenten of, anders uitgedrukt: er zijn in elk geval twee soorten inloop. In de literatuur worden deze twee soorten inloop onvoldoende onderscheiden. Het is raadzaam dit wel te doen.

In de eerste plaats is er de 'veroorzakingsinloop': een verzekering dekt schade, die na aanvang van de verzekering is *ontstaan*, ook ingeval die schade *veroorzaakt* is door een gebeurtenis die plaatsgevonden heeft vóór aanvang van de verzekeringsovereenkomst (een en ander uiteraard binnen de grenzen van art. 246 en 251 K).²⁰⁹ Deze inloop wordt eventueel ook gedekt in een loss occurrence-polis, maar niet in een verzekering op basis van het act committed-systeem. Schadevergoedingsvorderingen die zijn terug te voeren op gebeurtenissen die plaats hadden in de periode vóór inwerkingtreding van de verzekeringsovereenkomst zijn eveneens gedekt in een claims made-polis, mits de vordering tijdens de looptijd van de verzekering wordt ingesteld. Maar het inlooprisico omvat meer. Het kan eveneens slaan op schade die *ontstaan* is vóór de aanvangsdatum van de verzekering, hetgeen aan de verzekerde (en wellicht ook aan het slachtoffer) nog niet bekend is. Deze schadedekking, die men met een lelijk woord 'occurrence-inloop' zou kunnen noemen, wordt door Wansink besproken, doch niet met zoveel woorden als inloop aangeduid.²¹⁰ Deze inloop wordt in de act committed en loss occurrence-polissen niet gedekt, maar in beginsel wel in een claims made-polis. In het zuivere claims made-systeem is niet van belang of de schade zich reeds bij het slachtoffer had voorgedaan, zich begon te manifesteren of zich sluipend ontwikkelde vóór aanvang van de verzekering dan wel ontstaan is tijdens de verzekering.

Een vergelijkbaar onderscheid moet worden gemaakt met betrekking tot de uitloop. Schade die ontstaat *na* afloop van de

208. J.H. Wansink, A&V 1993 blz. 11; Handboek Milieu-aansprakelijkheid, blz. F1500-5.

209. In die zin kennelijk de inloopdekking in de polissen, genoemd bij Wansink, De algemene aansprakelijkheidsverzekering, o.c. blz. 105 noot 197, 113 (AVB), 118 (medische aansprakelijkheid) en 135.

210. De algemene aansprakelijkheidsverzekering, o.c. blz. 111.

verzekeringsovereenkomst (laten wij zeggen 'occurrence-uitloop') is zowel in de loss occurrence- als in de claims made-polis van dekking uitgesloten,²¹¹ zodat de verzekeraar zich niet nog na vele jaren met allerlei onverwachte claims ziet geconfronteerd. Zou bijvoorbeeld over 15 jaar, in tegenstelling tot thans, komen vast te staan welke schadelijke effecten er kunnen uitgaan van electromagnetische velden en het medische wetenschappelijke bewijs dat bepaalde schaden daaraan toe te rekenen zijn, wordt geleverd, dan zou de daarop gefundeerde aansprakelijkheid die voortvloeit uit gebeurtenissen die *thans* plaatsvinden, onder een act committed-polis van thans gedekt zijn. Dit soort moeilijk te voorziene en vrijwel niet te calculeren risico's willen verzekeraars terecht beperken. Het probleem van schade die (veel) later optreedt dan op het tijdstip van de op dat moment van kracht zijnde polis, vormt voor de verzekeraar dus geen uitloop, maar komt als *inloop*probleem voor de opvolgende verzekeraar naar voren, indien deze op basis van loss occurrence of claims made dekt ('veroorzakings-inloop').

Het is van belang op te merken dat het late tijdstip van ontstaan van de schade (na afloop van de verzekering) *op zich* er niet de oorzaak van is dat de verzekerde in de claims made-polis dekking misloopt: oorzaak is dat *door* het late optreden van de schade niet op tijd een claim kon worden gemaakt. Ook schade die zich wel degelijk tijdens de verzekeringsperiode heeft gemanifesteerd, maar pas na vele jaren tot een vordering leidt of pas na enige tijd door de verzekerde bij de verzekeraar wordt gemeld,²¹² kan als uitloop worden aangemerkt en wordt door de claims made-dekking uitgesloten. Deze 'claim-uitloop', die in de verzekeringsstatistiek voorkomt als *incurred, but not reported* (IBNR)²¹³ is wel

211. M.G. Faure, T. Hartlief, o.c. hfst. VII, § 6.c.1.c. Het uitloopriscio wordt evenwel in deze zin gedekt in de bij J.H. Wansink, De algemene aansprakelijkheidsverzekering, o.c. blz. 113-114 (AVB) en 115-116 (ABC) besproken polissen; Handboek Milieu-aansprakelijkheid (Knoop Pathuis), blz. F1400-6 en 1500-5.

212. Aldus het gebruik van de term uitloopriscio in de MAS-polis. Zie ook Wansink, De algemene aansprakelijkheidsverzekering, o.c. blz. 100, 104-105, 110; idem, TMA 1990, blz. 68; eender, VA 1989, blz. 421; Handboek Milieu-aansprakelijkheid, blz. 1500-5. Zie evenwel art. 7.17.1.15 lid 1 NBW (ten minste zes maanden meldingstermijn na instelling van de vordering door het slachtoffer).

213. A. Oosenbrug, Verzekeringsarchief 1995 blz. 113-115; B.H. Posthuma, Verzekeringsarchief 1989 blz. 428.

gedekt onder een polis op basis van loss occurrence of act committed. Daarin maakt het immers niet uit wanneer de claim wordt ingediend. Dit is er de oorzaak van dat dergelijke polissen na beëindiging een staartje hebben: later ingediende vorderingen worden onder de polis gedekt. Bij sommige schaden kan dit staartje een lengte hebben van 20 of 30 jaar. Begrijpelijkerwijs wordt het dan aangeduid als 'long tail'.

Wat niet over het hoofd mag worden gezien, is dat schade, die zagezegd *incurred, but not reported* is, door een claims made-dekking weliswaar als *uitloop* wordt uitgesloten, maar niet als inloop. Zij is namelijk precies wat hierboven werd aangeduid als 'occurrence-inloop', een inlooprisico dat uitsluitend door claims made kan worden gedekt. Op die wijze heeft de zuivere claims made ook voor de verzekerde vaak een gunstig effect.²¹⁴

2.20.2 Doel en functie van de claims made-dekking

Is de claims made-dekking derhalve in principe een verschuiving van het dekkingstijdvak, zij is meestal tevens een temporele beperking van aansprakelijkheid, die met de uitloop gemoeid is. Dit zijn twee verschillende functies, die evenwel met elkaar samenhangen. Geregeld wordt erop gewezen dat zonder deze dekkinggrondslag voor bepaalde risico's simpelweg geen dekking zal worden verleend, of anders enorme premies zouden moeten worden berekend.²¹⁵ In die zin is het doel van claims made om risico's verzekerbear en premies betaalbaar te houden door de aansprakelijkheid van de verzekeraar te beperken.

Het belangrijkste voordeel van de verschuiving van het aansprakelijkheidstijdvak is er in gelegen dat wordt voorkomen dat de prijs van verzekering moet worden bepaald aan de hand van een voorspelling van toekomstige claims. '(T)he past is not necessa-

214. Voor een voorbeeld zie Salvador M.M. c. Miguel R.G., Unión Beroamericana S.A. & la Unión y el Fénix S.A., besproken door A.M. Alvarez-Barón, o.c. blz. 317-318.

215. Aldus de Belgische vice-eerste minister, zie H. Cousy en G. Schoorens, De nieuwe wet op de landverzekeringsovereenkomst. Parlementaire voorbereiding van de Wet van 25 juni 1992 en van de wijzigende Wet van 16 maart 1994, blz. 265; C. van Schoubroeck en G. Schoorens, o.c. blz. 646, 655-656; F. Hawke, o.c. blz. 252: Without it, some classes of insurance either could not be written at all, or only at an enormous cost in contribution litigation and IBNR liabilities.

rily a very reliable gauge of the future, especially where demography and claims consciousness are changing.²¹⁶ Claims made polissen vergen veel minder voorspellingskracht. Voortdurend komen claims binnen en de verzekeraar kan eventueel direct door aanpassingen in de polissen van het volgende jaar reageren op trends. Bovendien kan de verzekeraar op basis van de in een bepaald verzekeringsjaar gemelde claims een veel betere schatting maken van het bedrag dat voor uitkering gereserveerd moet worden. Oorzaak en omvang van de schade zijn dan in het verzekeringsjaar zelf al grotendeels bekend.²¹⁷

2.20.3 *Vormen*

Als gezegd dekt de claims made polis in beginsel de gehele inloop. Voor deze verruiming ten opzichte van loss occurrence- en act committed-polissen wordt eventueel een extra premie gevraagd. In de praktijk geeft echter vrijwel geen enkele claims made-polis een onbeperkte inloopdekking.

Er bestaan verschillende vormen. De zwaarste beperking aan de inloopzijde wordt bereikt door claims made te combineren met de act committed-grondslag.²¹⁸ Geen enkel inlooprisico wordt dan aanvaard. Dit is ongunstig voor de verzekerde in het geval dat de vorige verzekering geen uitloopdekking gaf voor claims, na afloop ingediend en betrekking hebbende op schade uit de verzekeringsperiode.

Maar er bestaan iets minder vergaande regelingen. Een Spaans wetsvoorstel wil claims made-dekking toestaan, mits ten minste één jaar voorrisico wordt gedekt.²¹⁹ De Aansprakelijkheidsverzekering voor Bestuurders en Commissarissen (ABC) van Centraal

216. M. Clarke, o.c. blz. 400; American Bar Association, o.c., blz. 149 wijst op de consequences; premiums that may have accurately reflected conditions when written, but which can seem wildly inappropriate at the time the ultimate liability is determined. (...) Claims made forms are an effort to reduce the lag between the time liability insurance is priced and the time its cost is finally determined.

217. F. Hawke, o.c. blz. 260; R. Marshall, o.c. blz. 252.

218. Zie bijvoorbeeld art. 7 (voor- en narisico) van de Aansprakelijkheidsverzekering voor Advocaten van Nationale Nederlanden en art. 2.1 jo 3.1 MAS. Zulks is ook gebruikelijk in de VS, American Bar Association, o.c. blz. 150-151.

219. J. Angell, Claims Made Policies or Occurrence Policies in Civil Liability Insurance in Spain: Announced Legislative Changes, 1994, *IJIL* blz. 191-192; Alva 319.

Beheer biedt in art. 2.2 een inloopdekking van vijf jaar. Vrij ruim lijken de architecten- respectievelijk de adviserende ingenieurs-polissen van Centraal Beheer, die in art. 3.2.a een beperkte mogelijkheid toestaan van dekking voor het voorrisico, dat betrekking heeft op fouten van vóór de ingangsdatum, mits de schade tijdens de geldingsduur van de verzekering wordt gemeld. Kennelijk is onverschillig of de schade binnen de inlooptermijn dan wel tijdens de geldingsduur is ontstaan.²²⁰ Het moge duidelijk zijn dat het niet het claims made-systeem op zich, doch de uitsluiting of beperking van de inloopdekking is, die in voorkomend geval de verzekerde met lege handen laat.

Ook aan de uitloopzijde kan gesleuteld worden. Een claims made-polis geeft in beginsel geen enkele uitloopdekking. Zo bepaalde een Spaanse verzekeringsovereenkomst:

the insurance cover under this policy applies to those claims made in respect of events taking place within the period of insurance, provided that the claim and the event are reported to the insurer within the validity period of the policy.

De MAS-dekking daarentegen voorziet in art. 8.2.1 in de mogelijkheid een uitloop van twaalf maanden bij te verzekeren.²²¹ Zulks betekent niet dat schade die tijdens die uitlooperperiode ontstaat, verzekerd is. Het gaat slechts om een verlengde meldingstermijn (namelding). Door de mogelijkheid van namelding wordt derhalve een beperkte uitloopdekking verschaft. Na ommekomst van de nameldingstermijn valt alsnog het doek.

De nieuwe Modelpolis AVB 1996 van het Verbond van Verzekeraars behelst een nameldingsmogelijkheid van een jaar. Voor de dekking is een extra premie verschuldigd. Het genoemde Spaanse wetsvoorstel wil claims made met een namelding van een jaar

220. Volgens de Münchener Rückversicherungs-Gesellschaft, *Industrial Liability Policies in the countries of the EC and in Austria and Switzerland*, 1991, blz. 7 varieert de inloopdekking bij claims made-polissen voor *industrial liabilities* van niets (Nederland) tot 2 à 5 jaar (Denemarken) tot ongelimiteerd (Frankrijk, Italië).

221. Waarover Wansink, A&V 1995 blz. 5; idem, TMA 1990 blz. 68; idem, VA 1989 blz. 421; idem, *De algemene aansprakelijkheidsverzekering*, o.c. blz. 111-112 en 114; *Handboek Milieu-aansprakelijkheid*, t.a.p.; Faure en Hartlief, o.c. blz. 331 e.v.

toestaan.²²² De Belgische Landverzekeringsovereenkomst (LVO) schept in art. 78 § 2 de mogelijkheid van claims made met een namelding van minimaal 36 maanden.²²³ De genoemde architectenpolis en de polis voor adviserende ingenieurs opent zelfs de mogelijkheid van een onbeperkte nameldingsdekking²²⁴ (art. 3.2.b).

De nameldingsclausule staat bekend onder de naam *sunset-clause*.²²⁵

2.20.4 *Melding en namelding bij loss occurrence en claims made*

Ten opzichte van de zuivere claims made-dekking vormt namelding een uitbreiding. Een loss occurrence-polis zou echter evengoed een maximum-meldingsperiode kunnen voorschrijven. Alsdan geldt dezelfde clausule als een beperking van de dekking. Dat neemt niet weg, dat het effect, wat de beperkte uitloop betreft, praktisch gelijk is.²²⁶

De in vrijwel elke polis opgenomen verplichting tot onverwijld kennisgeving heeft per saldo mede dezelfde functie als (de beperkte nameldingsmogelijkheid van) de claims made-dekking, namelijk een serieuze beperking van de 'uitloop',²²⁷ zodat het

222. J. Angell, Claims Made Policies or Occurrence Policies in Civil Liability Insurance in Spain: Announced Legislative Changes, 1994, IJIL blz. 191-192.

223. C. van Schoubroeck en G. Schoorens, o.c. blz. 647-648. Volgens Münchener Rück, o.c. blz. 7, 17, 25 variëren contractuele nameldingsperiodes sterk: 90 dagen in het Verenigd Koninkrijk, 60 maanden (voor srieschade) in België, 2-3 maanden in Denemarken, 2-5 jaar in Frankrijk. Voor Spanje zie J. Angell, Claims Made Policies or Occurrence Policies in Civil Liability Insurance: a Spanish Judicial Perspective, 1994, IJIL blz. blz. 115-116 (variërend van 1 tot 5 jaar); A.M. Alvarez-Barón, o.c. blz. 318-319. De Amerikaanse standaard-AVB behelst een namelding van 60 dagen, ABA, o.c. blz. 147. Voor Australië zie Derrington & Ashton, o.c. blz. 285.

224. Namelding is mogelijk 'in de overeengekomen uitlooptermijn'.

225. *Sunset-clause* = exclusion from coverage of claims made after a mutually agreed extended reporting period, IJIL, blz. 52 en 53 en H. Cousy en G. Schoorens, o.c. blz. 260. Derrington & Ashton, o.c. blz. 285 noemt het een 'safety provision'.

226. C. Schoubroeck en G. Schoorens, o.c. blz. 656 en 659.

227. De overschrijding van de kennisgevingstermijn voor de verzekerde is niet fataal, wanneer de verzekeraar daardoor niet in zijn belangen is geschaad: HR 28 mei 1970, NJ 1970, 435, Rb Maastricht/Hof 's-Hertogenbosch 21 oktober 1987, S&S 1989, 34, Rb 's-Gravenhage 6 april 1960, VR 1963, 86, Rb →

risico van een tekortschietende premiestelling op basis van toekomstvoorspellingen in een snel veranderend aansprakelijkheidsklimaat, wordt getemperd. Het eigenlijke doel van de verplichting tot onverwijldde kennisgeving van de schade of de vordering is evenwel om de verzekeraar de gelegenheid te geven snel de claim (de oorzaak en de omvang van de schade) te onderzoeken. Maar dat komt grotendeels op hetzelfde neer. Het gaat immers mede om 'het belang dat een dergelijke bepaling beoogt te beschermen, namelijk het belang van de verzekeraar dat hij op enig moment de zekerheid heeft dat hij het dossier kan sluiten en te dier zake geen schadereserve meer behoeft aan te houden'.²²⁸ Dit belang wint aan gewicht, nu volgens het Verbond van Verzekeraars de instelling van het publiek toenemend kritisch is, waardoor men geneigd is op oude zaken terug te komen en schadereserveringen door inflatie toch al de pan uitrijzen.²²⁹ Een dergelijke kennisgevingsverplichting is zeer gebruikelijk,²³⁰ ook in loss occurrence-polissen.²³¹

→ Groningen 26 april 1940, NJ 1941, 88, Rb Rotterdam, 14 december 1938, NJ 1939, 856, Rb Amsterdam 28 november 1933, NJ 1934, 578. Zie ook art. 7.17.1.14 lid 3 NBW. Wij nemen aan dat de namelingsperiode bij claims made wel een strikte vervaltermijn vormt, juist omdat deze al een uitbreiding ten behoeve van verzekerde is.

228. Hof Leeuwarden 30 maart 1988, NJ 1989, 315; zie ook Hof Amsterdam 23 juni 1971, S&S 1971, 68; Th.W.M. Lippmann, Mededelingsplicht bij verwezenlijking van het verzekerde risico, nr. 184. Zie voorts: M. Clarke, o.c. blz. 408; E.R. Hardy Ivamy, o.c. blz. 421, 424.

229. Zie bij J.H. Wansink, Verzekeringsarchief 1988 blz. 101 noot 15 en B.H. Posthuma, Verzekeringsarchief 1989 blz. 428. Zie voor schadereserveringen en verslaglegging art. 2:435 lid 1 onder a en c BW, alsmede A. Oosenbrug, Verzekeringsarchief 1995 blz. 113. Voor mogelijkerwijze nog niet aangemelde schaden wordt een IBNR-voorziening gevormd. Oosenbrug pleit voor toepassing van het tekenjarensysteem in 'long-tailbranches' (in het bijzonder de aansprakelijkheidsbranche) die 'juist de laatste jaren worden (...) gekenmerkt door het met grote vertraging opkomen van claims inzake oude schadejaren' (blz. 115).

230. V.A.M. van der Burg, Schade- en sommenverzekeringsrecht, blz. 170.

231. Bij gebreke van een contractuele kennisgevingsverplichting (vervaltermijn) geldt een wettelijke. Art. 283 lid 1 K schrijft voor dat dadelijk na het ontstaan van de schade daarvan kennis moet worden gegeven, hetgeen betekent dat de kennisgeving moet worden gedaan dadelijk, nadat de verzekerde van de schade kennis heeft gekregen of redelijkerwijs had kunnen krijgen. Maar de sanctie bestaat er slechts in dat de verzekerde bij nalaten eventueel schadeplichtig jegens de verzekeraar wordt: Rb Groningen 1 maart 1929, NJ 1930, 287.

2.20.5 *De omstandighedenmelding*

Een *uitbreiding* van de claims made-dekking wordt bereikt door het gebruik van de zogenaamde 'omstandigheden-clausule'. Deze verzacht de gevolgen van de uitlooptuitsluiting. Indien de verzekerde tijdens de duur van de verzekering de verzekeraar in kennis stelt van feiten, waarvan redelijkerwijs is aan te nemen dat daaruit een schadevergoedingsvordering jegens de verzekerde kan of zal voortvloeien, dan wordt de uiteindelijke vordering, indien deze eerst na beëindiging van de verzekeringsovereenkomst wordt ingediend, geacht nog tijdens de looptijd ervan te zijn ingediend.²³² De nieuwe modelpolis-AVB van het Verbond van Verzekeraars heeft die strekking, waarbij is gekozen voor de 'zullen'-variant.²³³

Het is niet zonder meer duidelijk wat precies moet worden verstaan onder feiten, die redelijkerwijs tot een aanspraak kunnen of zullen leiden.

'Redelijkerwijs *kunnen* leiden' is voor de verzekerde waarschijnlijk gunstiger dan 'redelijkerwijs *zullen* leiden'. Of het verschil groot is, is zeer de vraag. Door de 'redelijkheidsmaatstaf' is een mogelijkheid ('kunnen') onvoldoende, maar is een zekerheid ('zullen') niet vereist.²³⁴

De kwestie is vrij nieuw in de Nederlandse situatie. Voor het En-

232. J.H. Wansink, A&V 1995 blz. 5. Zie ook art. 78 § 2 Belgische LVO, als gewijzigd in 1994, waarover I.W. VerLoren van Themaat, Claims-made dekking in Europa, Vrb. 1994 blz. 43; C. Schoubroeck en G. Schoorens, o.c. blz. 648, 651 e.v.; M. Fontaine, o.c. blz. 129. M. Clarke, o.c. blz. 406 bespreekt 'notification of the occurrence of a state of affairs which may or does justify a claim'. Vgl. ook J. Crabtree, The Wellington agreement revisited, IILR blz. 113 ('any occurrence or accident which appears likely to involve this reinsurance'). De omstandighedenclausule staat bekend onder de namen 'circumstance notification provision' en 'deeming clause', F. Hawke, o.c. blz. 258. Een voorbeeld van een dergelijke 'deeming clause' is te vinden bij J.H. Wansink, De algemene aansprakelijkheidsverzekering, o.c. blz. 117 noot 221. Zie ook s. 40 (3) Insurance Contracts Act 1984 (Australië).

233. Art. 21 (bedrijfsaansprakelijkheid), art. 24 (werkgeversaansprakelijkheid), art. 26 (milieuaansprakelijkheid in geval van plotselinge aantasting).

234. We volstaan ermee het volgende op te merken. Wanneer sprake is van een aanspraak waaruit later, aanvankelijk nog onbekende, schade voortvloeit, dan is deze in elk geval gedekt. Zie art. 21 achter eerste liggend streepje, zulks in samenhang met de definitie van aanspraak (art. 1.1). Zie voor de verwante *inloopproblematiek* onze Njb-bijdrage 1996 blz. 48 onder 4 in fine.

gelse recht zal volgens Clarke²³⁵ de clause niet spoedig worden uitgelegd als een uitnodiging voor '*reporting every potential corporate activity or incident which could engender future claims, in the hope of preserving the policy-holder's right to "tail coverage" later on*'.²³⁶ Het is ook voor het Nederlandse recht aannemelijk dat een redelijke uitleg zal vereisen dat de verwachte aanspraak voldoende specifiek en *reëel* is.²³⁷ Dat vergt een juridische beoordeling van de aanspraak en eventueel een inschatting van proceskansen.²³⁸

De verzekeraar verkrijgt op die manier vroegtijdig althans enige informatie over een redelijkerwijs te verwachten claim. Maar hiermee is zijn lange uitloopp probleem nog maar ten dele opgelost. De omstandighedenmelding stelt de verzekeraar wel in staat een inschatting te maken van de schade en middelen te reserveren voor het geval de schade later leidt tot een vordering, maar er bestaat natuurlijk geen garantie dat de uiteindelijke schade en schadevergoedingsvordering niet aanzienlijk van de oorspronkelijke schatting en reservering zullen afwijken.²³⁹ Dit probleem kan worden bestreden door de (na)melding van *de claim zelf* wederom aan een maximum-periode te binden, zoals in art. 9.1.b ABC (GB) en art. 78 § 2 LVO België (in beide gevallen drie jaar).

De Amerikaanse standaard-AVB gaat ver. Daarin is een *namelding* van 60 dagen voor *omstandigheden* opgenomen. Indien de claim betrekking heeft op een schadegeval dat plaatsvond gedurende de looptijd van de verzekering (inclusief eventuele inlooptekking), dan beschikt de verzekerde voor de namelding van de claim zelf bovendien over een periode van vijf jaar.²⁴⁰

235. O.c. blz. 406.

236. Eveneens F. Hawke, o.c. blz. 275-276: 'What is clear however (...) is that an insured cannot simply present the insurer with its routine financial reports, or with a 'shopping list' of problems it may be experiencing, and then expect the insurer's general knowledge of the over all state of its business also to constitute specific notice of any particular fact or circumstances which may give rise to claims.'

237. Vgl. art. 6.a.2 ZAB Vermögensschaden Haftpflicht Versicherung von Rechtsanwälten, Notaren, Bücherexperten e.d. (Basler): 'ernsthaft damit gerechnet werden muss dass gegen ihn solche Ansprüche erhoben werden'.

238. Zie nader onze NJB-bijdrage 1996 blz. 47/48.

239. F. Hawke, o.c. blz. 254-255. Deze uitloop wordt aangeduid als *incurred but not enough reported* (IBNER).

240. ABA, o.c. blz. 147-148.

2.20.6 *Het gebruik van claims made*

'Claims made coverage is an essential feature of the modern financial liability insurance market.'²⁴¹ Claims made-bedingen zijn in enigerlei vorm wijd verbreid. Exemplarisch zijn de AVB (CB) (milieuaansprakelijkheid), de nieuwe Modelpolis AVB 1996, de MAS-dekking en de vermelde aansprakelijkheidsdekkingen voor advocaten, architecten, adviserende ingenieurs, bestuurders en commissarissen.

Volgens de Münchener Rück was claims made in 1991 gebruikelijk in 'industrial liability'-polissen in Denemarken, Frankrijk, Italië (op het terrein van de produkt-aansprakelijkheid), het Verenigd Koninkrijk en Ierland, maar uitzonderlijk in België, Nederland ('US exposures') en Zwitserland.²⁴² In Engeland en Australië vormen claims made-bedingen geen probleem. In Australië bestaan zij vooral in de beroepsaansprakelijkheidssfeer, waarin de fout immers in verzekeringstermen eerst relevant wordt met de claim van het slachtoffer.²⁴³ In de VS zijn claims made-polissen vooral vanaf halverwege de jaren tachtig in AVB's in gebruik, ook voor andere dan long tail-schades. Zij waren evenwel op het stuk van beroepsaansprakelijkheid en aansprakelijkheid voor bestuurders en commissarissen reeds eind jaren zestig bekend.²⁴⁴

De nieuwe Nederlandse model-AVB is geheel geënt op claims made.²⁴⁵ Faure e.a. in hun onderzoek naar de problemen inzake werkgeversaansprakelijkheid raden aan claims made als basis bij beroepsziekten op te nemen, doch niet bij bedrijfsongevallen.²⁴⁶ Wat België betreft, moet nog het effect worden afgewacht van het KB dat regelt voor welke aansprakelijkheden al dan niet claims made wordt toegestaan.²⁴⁷ In Frankrijk en Spanje, waar claims made op rechterlijke bezwaren stuitte, is de verwachting

241. F. Hawke, o.c. blz. 252.

242. O.c. blz. 6, 7, 16 en 22.

243. Derrington & Ashton, o.c. blz. 286 en 292.

244. ABA, i.a.p.

245. Art. 21, 24 en 26.

246. Faure en Hartlief, o.c., blz. 333 e.v.

247. Art. 6bis van het Koninklijk Besluit van 29 december 1994, Belgisch Staatsblad 27 januari 1995.

dat het gebruik ervan bij grote risico's in de nabije toekomst weer zal toenemen.²⁴⁸

Vooraf grote herverzekeraars hebben aangedrongen op verzekeren op claims made-basis en geprotesteerd tegen beperkingen ervan.²⁴⁹ Zijzelf herverzekeren veelvuldig op die basis.²⁵⁰ De meeste Lloyd's syndicaten verwachten door deze dekkingen toekomstige problemen goeddeels te kunnen ondervangen.

2.20.7 De toelaatbaarheid van claims made

Onder verzekeraars lijkt soms de gedachte te heersen dat claims made een problematische polisvoorwaarde zou zijn, die 'in allerlei landen' op weerstand stuit. Men verwijst dan naar België, Frankrijk en Spanje. Hierover valt wel wat meer te zeggen en dat heeft ook zin, aangezien in Nederland de rechtsontwikkeling nog helemaal 'open ligt'.

De *Cour de Cassation* ziet het probleem als een botsing van de contractsvrijheid met de *action directe* die het slachtoffer in Frankrijk heeft (art. L. 124-3 Code des assurances). De claim is derhalve (mede) de vordering van het slachtoffer jegens de verzekeraar. Volgens de redenering van de Franse rechter zou erkenning van claims made in dit verband betekenen, dat het slachtoffer gehouden zou zijn aan de verplichting tot tijdige indiening, die hij niet kan kennen en die voortvloeit uit een verzekeringsovereenkomst, waarbij hij geen partij is. Dat is niet acceptabel en daarom dient het slachtoffer, ondanks de bepaling, zijn vorderingsrecht te behouden. Dat neemt niet weg dat de claims made-bepaling dan nog wel geldig kan zijn in de verhouding tussen verzekeraar en verzekerde. Maar zulks zou tot gevolg hebben dat de verzekeraar jegens verzekerde niet gehouden was de schadevergoedingsuitkering aan het slachtoffer te doen, zodat hij het

248. A.M. Alvarez-Barón, o.c. blz. 319; zie de paragraaf hierna.

249. H. Cousy en G. Schoorens, o.c. blz. 257; I.W. VerLoren van Themaat, o.c. blz. 43.

250. M. Hagopian, o.c. blz. 53; ABA, l.a.p.; zie bijv. Caudle v. Sharp, IILR blz. 83. Volgens Munich Re London zijn *sunset-clauses* in herverzekeringsovereenkomsten ongebruikelijk. Zelf zeggen zij nog steeds op basis van loss occurrence te herverzekeren, met uitzondering van de milieuaansprakelijkheidsherverzekering (claims made).

uitkeringsbedrag zou kunnen terugvorderen van de verzekerde. Dat heeft weer tot gevolg dat de verzekeringsovereenkomst

'aboutit à priver l'assuré du bénéfice de l'assurance en raison d'un fait qui ne lui est pas imputable (namelijk de te late indiening van de claim door het slachtoffer) et à créer un avantage illicite comme dépourvu de cause au profit du seul assureur qui aurait alors perçu des primes sans contrepartie.'²⁵¹

Dit is sindsdien vaste rechtspraak.²⁵² Claims made is overigens wel toegestaan in geval van *verplichte* beroepsaansprakelijkheidsverzekeringen.²⁵³

Het Spaanse Tribunal Supremo oordeelde in twee medische aansprakelijkheidszaken, *ICMB* en *Pilar*²⁵⁴, dat krachtens de bewoordingen van art. 73 van de Spaanse Wet op de verzekeringsovereenkomst (WVO) de gebeurtenis, waaruit de aansprakelijkheid voortvloeit, de grondslag is voor dekking. Dat was in dit geval de medische fout en wel onafhankelijk van het tijdstip waarop het slachtoffer zijn claim maakte en ondanks het feit dat de melding van de claim na de contractperiode plaatsvond. Elke andere grondslag zou strijdig zijn met het beginsel van wederkerigheid, omdat wel premie betaald is. De claims made-bepaling werd nietig verklaard.²⁵⁵

Maar het Spaanse Hof heeft zijn rechtspraak gewijzigd. In de

251. Cass. Civ. I, 19 déc. 1990 (7 zaken), J.-Cl. Resp. Civ. et Assur., Février 1991, no. 81 en JCP.1991.II.170; zie ook I.W. VerLoren van Themaat, a.w. blz. 42-43; M. Hagopian, a.w. blz. 52-53, S. Hankey, a.w. blz. 267. Vgl. voor België C. Schoubroeck en G. Schoorens, o.c. blz. 652: De verzekering wordt dan een techniek waarbij de verzekerde aan de verzekeraar een premie betaalt in ruil waarvoor de verzekeraar op zich neemt om aan de benadeelde de vergoeding voor te schieten.

252. Cass. civ. I, 9 mai 1994 (Penot), JCP.1994 (Panorama d'actualité), no. 926; Cas. civ. I, 3 févr. 1993 (Sten), JCP.1993.II.469; Cass. civ. III, 3 juin 1992, J.-Cl. Resp. civ. et assur., Juillet 1992, no. 285.

253. J.-Cl. Resp. Civ. et assur., Juin 1994, no. 229 en Chron. no. 81; J.-H. Wansink, A&V 1995, blz. 4.

254. Besproken door A.M. Alvarez-Barón, o.c. blz. 316-317.

255. S. Hankey, o.c. blz. 268; J. Angell, Claims Made Policies or Occurrence Policies in Civil Liability Insurance: a Spanish Judicial Perspective, o.c. blz. 113-114.

zaak *Salvador*²⁵⁶ betrof het een beroepsaansprakelijkheidsverzekering voor architecten. In dit geval had de verzekerde architect geen verzekering ten tijde van het begaan van de beroepsfout, maar wel een verzekering met claims made-dekking (inclusief inloop) tijdens de periode daarna, waarin de vordering tegen hem werd ingesteld. Deze keer werd het beding ongedeerd gelaten, ten gunste van de verzekerde.

Sindsdien is in Spanje een situatie van onduidelijkheid en rechts-onzekerheid ontstaan. Daarvoor zijn verzekeraars – als bekend – allergisch, omdat onzekerheid de calculatie van risico en premies zozeer bemoeilijkt.

De toekomstige rechtsontwikkeling in deze landen is moeilijk te voorspellen, maar zij lijkt toch te gaan in de richting van erkenning van bepaalde claims made-bedingen. Het Franse verbond van schadeverzekeraars heeft 'gelobbyd' voor een wijziging van de Code d'Assurance, die de rechtspraak van de Cour de Cassation moet terugdraaien en verwacht dat het Parlement op korte termijn deze materie ter hand neemt.²⁵⁷

De Spaanse uitspraak in de *ICMB*-zaak leidde tot veel kritiek van verzekeraars vooral op de vermeende strijd met het wederkerigheidsbeginsel. Deze stelling wordt door hen beschouwd als niet houdbaar, zolang niet eerst door de rechters een diepgaande analyse wordt gemaakt van de berekening van de gevraagde premies. Over zodanige gegevens beschikte het Hof kennelijk niet ten tijde van zijn eerste uitspraak.

De Spaanse rechtspraak leidde bovendien tot een dramatische afname van de beschikbaarheid van verzekering van risico's die daarvoor op claims made-basis werden gedekt.²⁵⁸ Desalniettemin schijnen sommige verzekeraars thans door te gaan met claims made-polissen, waarbij enerzijds namelingsperiodes van 1 tot 5 jaar worden opgenomen en anderzijds de verzekerde expliciet voor de aard van de polis gewaarschuwd wordt door een bijgevoegde verklaring die de verzekerde verplicht is te ondertekenen. Ook verzekeren sommigen risico's die in de zin van de wet als 'grote risico's' kunnen worden gekwalificeerd onveran-

256. *Salvador* M.M. c. Miguel R.G., Unión Beroamericana S.A. & la Unión y el Fénix S.A., zie bij A.M. Alvarez-Barón, l.c.p.

257. S. Hankey, o.c. blz. 267-268.

258. A.M. Alvarez-Barón, o.c. blz. 318.

derd op claims made-basis, aangezien de relevante wetsbepalingen voor die categorie niet van dwingend recht zijn.²⁵⁹ Het lijkt er dus op dat de keuze gereduceerd is tot enigerlei vorm van claims made-dekking of onverzekerbaarheid: claims made of niets. *Tertium non datur*.

Intussen gaan in Spanje stemmen op, ook in de rechterlijke macht, om combinaties van act committed en claims made toe te staan, mits voorzien is in een nameldingsmogelijkheid gedurende ten minste twee jaar. Op het stuk van de beroepsaansprakelijkheid zou de claims made met onbeperkte inloopdekking de voorkur verdienen.²⁶⁰ Als aangestipt, zit ook de wetgever niet stil. Inmiddels is in Spanje een nieuw wetsvoorstel aanhangig. Dit biedt ruimte voor twee claims made-vormen, te weten òfwel met een uitloop (namelding) van ten minste een jaar òfwel een inloop van ten minste een jaar. Voorwaarde is dat expliciet op de betreffende clausule wordt gewezen en dat zij door de verzekerde schriftelijk wordt aanvaard.²⁶¹

In het voorgaande is de Belgische wet reeds ter sprake gebracht. Art. 77 en 78 LVO 1992 zijn gewijzigd om voor long tail-schades het claims made-systeem mogelijk te maken. Daarmee wordt beoogd te voorkomen dat bepaalde risico's onverzekerbaar zouden zijn doordat het zicht op omvang en kostprijs van de risico's verloren gaat (beter een beperkte dekking dan geen dekking). In het bijzonder wordt gedacht aan industriële en handelsrisico's, nucleaire risico's en de medische beroepsaansprakelijkheid. In de parlementaire geschiedenis zijn deze uitgewerkt als risico's verbonden aan de chemische nijverheid en aan de handel in chemische produkten, aan nijverheid en handel in medische apparatuur en prothesen, aan de uitoefening van een vrij beroep, alsmede aan vestigingen en aan uitvoer buiten de Europese Economische Ruimte.²⁶²

Volgens de Comité Européen des Assurances zouden voorts Finland, Duitsland en Portugal wettelijke of jurisprudentiële barriè-

259. Art. 44.2 WVO (Spanje), ter uitvoering van Richtlijn 88/357/EEG; J. Angell, o.c. blz. 115; A.M. Alvarez-Barón, o.c. blz. 319.

260. Waarover A.M. Alvarez-Barón, l.a.p.; J. Angell, o.c. blz. 114-115.

261. J. Angell, Claims Made Policies or Occurrence Policies in Civil Liability Insurance in Spain: Announced Legislative Changes, o.c. blz. 191-192.

262. H. Cousy, o.c. blz. 257-265; M. Fontaine, o.c. blz. 129; I.W. VerLoren van Themaat, o.c. blz. 43.

res kennen tegen beperkingen van onder meer claims made-bepalingen. Van enige barrière zou geen sprake zijn in Denemarken, Italië, Noorwegen, Nederland, Zweden, Zwitserland en het Verenigd Koninkrijk.²⁶³

Claims made lijkt een aanvaarde dekkingsmethodiek naar Engels²⁶⁴ en naar Australisch recht.²⁶⁵ Zij wordt vooral bij de beroepsaansprakelijkheden (architecten, advocaten, accountants) gehanteerd. De Australische wetgever geeft in art. 40 van de Insurance Contracts Act 1984 zijn zegen aan claims made. In het artikel zijn enkele waarborgen opgenomen ter bescherming van de verzekerde. In de eerste plaats geniet de verzekerde een omstandighedendekking. In de tweede plaats dient de verzekeraar de verzekerde schriftelijk en in duidelijke bewoordingen te informeren over 1) het feit dat de verzekering op basis van claims made geschiedt, 2) de werking van de omstandighedendekking en 3) (in voorkomend geval) de uitsluiting van alle inloopdekking.

Het wederkerighcidsaspect en de gedachte van het contractueel evenwicht, die zo'n belangrijke rol speelde in de Franse en Spaanse jurisprudentie, ontsnapt in Australië evenmin aan de aandacht. Derrington merkt erover op:

'There is nothing wrong or unfair with the proposition that where the act giving rise to liability which occurs on the last day of the cover and the claim is made a few days later, the cover does not apply; (...) nor that an insured who is going out of business might be obliged to continue to insure for a number of years in order to retain protection. For (...) at the other end of the arrangement the cover usually applies to claims in respect of acts occurring before the cover began'.²⁶⁶

Wil de laatste zin redengevend zijn voor de stelling dat dergelijke bepalingen voldoende redelijkheidsgelalte hebben, dan dient er ook daadwerkelijk iets tegenover te staan in de vorm van een zekere inloop.

²⁶³. Zie S. Hankey, o.c. blz. 267.

²⁶⁴. Zie de bespreking bij M. Clarke, o.c. blz. 404-409 en S. Hankey, t.a.p.

²⁶⁵. Derrington & Ashton, o.c. blz. 281-287; F. Hawke, o.c. blz. 253 e.v.

²⁶⁶. Derrington & Ashton, o.c. blz. 285.

In de VS wordt het claims made-model in de meeste staten aanvaard. New York is wat kritischer en beperkt het gebruik ervan uitsluitend tot long tail- en sluipende schade 'where there is a determined availability problem'. Een en ander betekent nog niet dat het systeem in de praktijk ook daadwerkelijk gemeengoed is. 'De markt' accepteert claims made hoofdzakelijk voor long tail- en sluipende schade. De American Bar Association beveelt enkele beschermingsmaatregelen ten behoeve van de verzekerde aan, zoals een nameldingmogelijkheid tegen een vooraf in de oorspronkelijke polis opgenomen premie in het geval dat verzekerde niet de keuze heeft tussen loss occurrence en claims made. Heeft de verzekerde wel die keuze, dan wordt geen enkele beperking ten aanzien van het type aansprakelijkheid voorgesteld. Wel luidt recommendation 8.1:

(1) States should require that, prior to the sale of any claims made liability insurance policy, the insurer disclose in writing in plain language to the prospective insured the significant features of the policy, including

(a) an explanation of the differences between claims made and occurrence formats;

(b) a description of the principal aspects of the coverage being provided, including any exceptions, limitations or reductions in coverage; and

(c) an explanation of the particular retroactive date (nose coverage) and extended reporting period (tail coverage) under the policy.²⁶⁷

2.20.8 Nederland

Hoe te oordelen naar Nederlands recht? In beginsel staat het de verzekeraars vrij zich te laten leiden door de eigen opvattingen omtrent de waardering van het te verzekeren risico en om die reden een aanvrager te weigeren. Volgens de Raad van Toezicht is zulks niet in strijd met de goede naam van het schadeverzekeringsbedrijf. Gezien de aard van de in dit preadvies aan de orde zijnde problematiek zullen verzekeraars voor een dergelijke weigering dan ook voldoende motieven hebben. Het staat hun eveneens vrij te bepalen onder welke condities, tegen welke premie

²⁶⁷ ABA, o.c. blz. 148-149, 153-155.

en met ingang van welke datum wel een verzekeringsovereenkomst wordt aangegaan.²⁶⁸

Een tussen partijen als gevolg van de overeenkomst geldende regel is niet van toepassing, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn (art. 6:248 lid 2 BW). In het concrete geval moet bij de beoordeling van de redelijkheid en billijkheid onder meer met de maatschappelijke en persoonlijke belangen, die bij het gegeven geval zijn betrokken, rekening worden gehouden (art. 3:12 BW). In dit kader het volgende.

'Het gegeven geval' staat uiteraard niet altijd met long tail-problematiek of uitdijende aansprakelijkheid (voorzienbaarheid, betaalbaarheid, 'reserveerbaarheid') in verband, terwijl de oplossing daarvan toch als het zwaarstwegende argument voor claims made moet gelden. Het claims made-systeem is in het bijzonder gericht op de beperking van het uitlooprisico voor de betreffende verzekeraar. Dit betekent dat het vooral zijn diensten zal bewijzen bij long tail-schaden en op terreinen waar ontwikkelingen moeilijk voorspelbaar zijn: milieuaansprakelijkheid, beroepsaansprakelijkheid, werkgeversaansprakelijkheid voor beroepsziekten, produktaansprakelijkheid en aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen.²⁶⁹ Dit zijn grosso modo ook precies de gebieden, waar blijkens het volgende hoofdstuk de meeste rusteloosheid valt te constateren.²⁷⁰

De verzekeraar kapt met de claims made-dekking meer uitloop weg dan met de loss occurrence-methode. Maar ook de loss occurrence-polis geeft niet thuis, wanneer schade na de verzekeringsovereenkomst ontstaat ten gevolge van een gebeurtenis die tijdens de verzekering heeft plaatsgevonden. Anderzijds wordt ook de claims made-polis achtervolgd door een zekere uitloop in de vorm van *incurred, but not enough reported*. Tussen het moment van ontstaan van schade en de uiteindelijke claim kan een lange periode liggen. Het kan natuurlijk voorkomen dat de ver-

268. Bijzondere Contracten XI (Van Huizen en Verschoof), art. 246, aant. 3.

269. Eender ABA, o.c. blz. 149. Vgl. C. Schoubroeck en G. Schoorens, o.c. blz. 646.

270. Voor overige risico's en aansprakelijkheden is de noodzaak van claims made wat minder groot. In dat geval heeft claims made echter ook voordelen voor de verzekerde, J.H. Wansink, A&V 1995 blz. 2; ABA, o.c. blz. 150.

zekeraar na het verstrijken daarvan niet meer bestaat of gefailleerd is. In geval van een loss occurrence-dekking is het risico dat de vordering op de 'oude' verzekeraar ten belope van zowel de gemelde als de IBNR-schade, illusoïr zal blijken, groter dan ten aanzien van een vordering voor slechts gemelde schade jegens de verzekeraar in geval van claims made, wiens dekking van veel recenter datum is.

De gemene deler in claims made-polissen lijkt te zijn, dat ofwel enige inloopdekking wordt verleend, maar geen uitloop, ofwel een zekere uitloopdekking zonder inloop. Soms wordt ervoor gekozen een beetje van beide te geven. De Nederlandse verzekeraars zijn genereuzer. Het huidige aansprakelijkheidsregime, de hedendaagse schaal waarop risico's zich manifesteren en de verhoogde bewijsmogelijkheden door medische en technische kennis zouden er, althans ten aanzien van dergelijke risico's, echter veeleer toe moeten leiden dat aan beide einden van de verzekeringsdekking wordt geknabbeld.

De omstandighedenclausule komt tegemoet aan de belangen van beide partijen: mogelijkheid van stuiting voor de verzekerde en snellere duidelijkheid voor de verzekeraar. Zorg blijft er echter voldoende. De clausule vergroot ten opzichte van de 'gewone' claims made-polis de IBNER voor de verzekeraar, terwijl eventuele nameldingstermijnen voor de verzekerde ongunstig kunnen uitpakken.

Bij dit alles moet worden bedacht dat de evenwichtigheid, de wederkerigheid of de redelijkheid sterk zullen afhangen van het concrete geval. Datzelfde geldt voor de vraag of een bepaalde dekkingsmodaliteit het gunstigst is voor verzekeraar of verzekerde. Soms is de verzekeraar beter af met een loss occurrence- of een act committed-dekking en is de claims made-dekking gunstiger voor verzekerde, soms ook niet. Het is echter noodzaak zich te realiseren dat de beoordeling van het claims made-systeem voortdurend tegen de achtergrond van verminderde beschikbaarheid van toch wenselijke verzekeringsdekkingen moet worden gezien. Alleen al daardoor is claims made niet geheel onredelijk. Waar de huidige of de toekomstige situatie niet hoeft te leiden tot onverzekerbaarheid, maar 'slechts' tot aanzienlijke premieverhoging,²⁷¹ is wellicht verkieslijk de aspirant-verzeker-

271. Maar hoe deze te calculeren?

de de keuze te geven tussen een claims made-dekking tegen de gangbare premie en een veel duurdere dekking op loss occurrence-basis.²⁷²

Argumenten gebaseerd op rechtsvergelijking, die louter de strekking hebben dat de Nederlandse positie zus of zo moet zijn, omdat het buitenland eveneens die positie kiest, kunnen hier niet doorslaggevend zijn – als dit soort argumenten überhaupt ooit hout snijdt. Indien men het nastrevenswaardig zou achten, dat claims made in verschillende landen op dezelfde wijze wordt benaderd, dan is in elk geval duidelijk dat het meer voor de hand zou liggen landen als België, Engeland, Australië en de 'trend' in Spanje te volgen, dan zich voornamelijk op de Franse en Spaanse afwijzende jurisprudentie te richten. De vraag is bovendien of de argumenten, die in het buitenland worden aangevoerd, ook te onzent van betekenis zijn. De motivering van de Franse Cour de Cassation via de action directe is in elk geval voor het Nederlands recht niet zonder meer over te nemen.²⁷³ Bij de zogenaamde action directe ontstaat een rechtsbetrekking tussen het slachtoffer en de verzekeraar op het moment waarop het slachtoffer een schadevergoedingsvordering jegens de verzekere krijgt. Dit brengt met zich mee dat na dit moment plaatshebbende feiten het rechtstreekse vorderingsrecht niet deren.²⁷⁴

Er is gewezen op de gelijkenis tussen claims made-bepalingen en nameldingstermijnen enerzijds en meldingstermijnen/vervaltermijnen anderzijds. Daar is niet mee bedoeld te zeggen dat zij allemaal hetzelfde zijn, wel dat het effect overeen kan stemmen, zodat het niet aangaat claims made als stelsel principieel te veroordelen, terwijl het is toegestaan vervaltermijnen overeen te komen.²⁷⁵ Tegen deze redenering valt in te brengen dat er in zoverre een belangrijk verschil bestaat dat op een vervaltermijn geen beroep kan worden gedaan, indien de verzekeraar niet in zijn belangen is geschaad. Het is onze overtuiging dat slechts bij

272. Aldus het voorstel van de ABA, o.c.; zie recommendation 8.1 (2) blz. 147, 150, in het bijzonder blz. 153-155.

273. Zie over de action directe in de WAM C.P. Robben, *De action directe en de Wet aansprakelijkheidsverzekering motorrijtuigen*, diss. KUB 1993, in het bijzonder blz. 93 en 196.

274. C.P. Robben, o.c. blz. 93 en 81 e.v.

275. Zie ook HR 12 januari 1996, RvdW 1996, 31 en daarover O.A. Haazen en J. Spier in A&V 1996/2.

hoge uitzondering hetzelfde moet worden aangenomen ten aanzien van claims made-bedingen op grond van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid aan de hand van een afweging van de betrokken belangen.²⁷⁶

De gelijkenis is relevant voor de vraag of de claims made-bepaling een kernbeding is, waarop afdeling 6.5.3 (algemene voorwaarden) niet van toepassing is (art. 6:231 onder b BW). Het beding waarbij is bepaald binnen welke termijn de verzekerde een schade moet aanmelden op straffe van verval van zijn rechten op uitkering (art. 6:237 onder h BW), behoort niet tot de kernbedingen.²⁷⁷

Het begrip kernbeding moet zo beperkt mogelijk worden opgevat. Voor de vaststelling is niet van belang of het voor partijen een belangrijk punt regelt, maar of het van zo wezenlijke betekenis is, dat de overeenkomst zonder dit beding niet tot stand zou zijn gekomen of zonder het beding niet van wilsovereenstemming omtrent het wezen van de overeenkomst sprake zou zijn.²⁷⁸ Dit nu is bij claims made niet *in alle opzichten* het geval. Onzes inziens geldt het slechts voor aansprakelijkheidscategorieën waarvoor onverzekerbaarheid op de loer ligt. De nieuwe model AVB-polis voert claims made echter over de gehele linie in. Men kan erover twisten of het claims made-beding, dat algemeen geldt, aldus wordt beroofd van de kernbeding-status, een vraag die wij geneigd zijn ontkennend te beantwoorden. Het beding als geheel vervult namelijk een essentiële voorwaarde voor de verzekeraar.

Wansink is stilliger.²⁷⁹ Volgens hem is het buiten twijfel dat de polisbepalingen ter zake van de begrenzing naar tijd een kernbeding vormen. Volgens de parlementaire geschiedenis is de omvang van de dekking in de verzekeringsovereenkomst een kernbeding. Opgemerkt wordt dat de dekkingsomvang vaak in uitvoerige opsommingen van gedekte en uitgesloten risico's is neer-

276. In dat verband valt te bedenken dat (ook) bij een contractueel vervalbeding een belang van de verzekeraar al spoedig wordt aangenomen. Vergelijk HR 29 mei 1970, NJ 1970, 435.

277. MvA II Inv. PG boek 6 Inv., blz. 1527. Opmerking verdient dat art. 6:237 BW in de AVB en soortgelijke polissen hooguit bij wijze van reflexwerking een rol zal spelen.

278. Idem, PG boek 6 Inv. blz. 1527.

279. J.H. Wansink, A&V 1995 blz. 5. Idem, Faure en Hartlief, a.w. blz. 333 e.v.

gelegd.²⁸⁰ Dit zo zijnde ligt voor de hand aan te nemen dat bedingen die de dekkinggrondslag omschrijven evenzeer tot de kernbedingen moeten worden gerekend. Zij beperken – althans bepalen – immers eveneens de omvang van de dekking.

Naar de mening van Jongeneel is onjuist de gehele dekkingssomschrijving als kernbeding te beschouwen. Bedingen die de hoofdverplichting van een van de partijen bepalen, maar dit doen op 'verrassende' wijze, kunnen worden getoetst aan art. 6:237 onder b BW.²⁸¹ Dit artikel bestempelt tot vermoedelijk onredelijk bezwarend een beding dat de inhoud van de verplichting van de gebruiker wezenlijk beperkt ten opzichte van hetgeen de wederpartij redelijkerwijs mocht verwachten. Op zich zal zulks van een claims made-bepaling nog wel kunnen worden beweerd, maar niet indien, zoals in Spanje en Australië, de verzekerde expliciet op de claims made-bepaling moet worden gewezen en hij deze schriftelijk dient te aanvaarden.²⁸²

Intussen dient te worden bedacht dat art. 6:237 BW hooguit via de reflex-werking een rol kan spelen.²⁸³ Benadrukt dient te worden dat zij, naar de kennelijke bedoeling van de wetgever, niet spoedig aan de orde dient te komen, al is zij zelfs niet op voorhand uitgesloten ingeval art. 6:235 BW (de grote-bedrijvenuitzondering) van toepassing is.²⁸⁴

Ook als men zou willen aannemen dat de claims made-dekking (deels) niet tot de kernbedingen moeten worden gerekend, dan nog moge uit het voorafgaande duidelijk zijn dat de bepaling juist gelet op de aard en de overige inhoud van de overeenkomst (dekking van moeilijk verzekerbare risico's), de wijze waarop de voorwaarden zijn tot stand gekomen (zeker bij aanvaarding van

280. MvT Inv. en MvA II Inv. PG boek 6 Inv., blz. 1521 en 1527.

281. R.H.C. Jongeneel, De Wet algemene voorwaarden en het AGB-Gesetz, blz. 51-51. Zie voor een eventueel beperkte toetsing van de dekkingssomschrijving, die sommige Duitse schrijvers bepleiten, blz. 48-50.

282. Zie ook Raad van Toezicht VI-83/13: indien en voor zover polisvoorwaarden bepalingen bevatten die van zodanige inhoud zijn, dat verzekeringnemer daarop redelijkerwijs niet bedacht hoefde te zijn, is de laatste niet gebonden; zie J.H. Wansink, Verzekeringsarchief 1988, blz. 96.

283. Asser-Hartkamp II, nr. 368.

284. Idem en Verbintenissenrecht (Hondius) art. 236 aant. 22 en met betrekking tot art. 6:237 onder b idem art. 237 aant. 16, alwaar louter wordt gewezen op de opvatting van Jongeneel dat dit artikelonderdeel 'een belang van alle wederpartijen beschermt'.

een uitdrukkelijke informatieplicht aangaande de consequentie van de bepaling), de wederzijds kenbare belangen van partijen (beschikbaarheid van verzekering voor verzekerde, long tail-problematiek) niet onredelijk bezwarend is.

§ 2.21 Conclusies

Op een aantal terreinen blijken de klachten van verzekeraars gerechtvaardigd. De schadelast stijgt. Ten dele is dat toe te schrijven aan de hiervoor geschetste ontwikkelingen, ten dele is verandering van het recht daaraan debet. Aan dat laatste onderwerp is hoofdstuk 3 gewijd.

Bedoelde ontwikkelingen hebben verzekeraars niet onberoerd gelaten. Ter zake van een aantal risico's hebben zij aanzienlijk hogere bedragen moeten uitkeren, dan waarop zij redelijkerwijs konden rekenen. Gevreesd moet worden dat de toekomst er voor hen niet erg rooskleurig uitziet, in elk geval niet waar het beroepsziekten, beroepsaansprakelijkheid en mogelijk ook produktaansprakelijkheid betreft.²⁸⁵ Over de omvang van de nog te verwachten verliezen kan men slechts speculeren. Deze hangt af van toevallige factoren als daar zijn de publiciteit die bepaalde ontwikkelingen in de pers krijgen met de aanzuigende claimwerking die daarvan uitgaat, de verdere ontwikkeling van de stand van wetenschap en techniek en het tijdstip waarop bepaalde schades aan het licht treden. Verzekeraars kunnen nog enige hoop vestigen op het instituut der verjaring, zeker nu de Hoge Raad de desbetreffende bepalingen strikt toepast.²⁸⁶

Tot op heden is niet gebleken dat een en ander Nederlandse verzekeraars voor *onoverkomelijke* moeilijkheden heeft geplaatst.

285. De dekking ter zake van (sluipende) milieuschade is al enige tijd zozeer beperkt, dat de toekomst er wat dat betreft vermoedelijk niet al te somber uitziet. Dat zou anders zijn wanneer thans gegeven saneringsbevelen onder oude polissen zouden kunnen worden gebracht. Voor zover het een aan de eigenaar niet-veroorzaker gegeven bevel betreft, lijkt dat niet aannemelijk, nu het immers is gegrond op het feit dat hij *thans* nalaat de vervuiling te verwijderen. Opmerking verdient nog dat de civielrechtelijke aansprakelijkheid ter zake van verontreiniging van vóór 1975 praktisch gesproken van tafel is. Zie par. 3.8.4.2.

286. Zie nader par. 3.2.2. Hierbij verdient nog opmerking dat de nieuwe termijnen thans ook voor oude gevallen gelden. Zie art. 72 Overgangsrecht Nieuw BW. Zie voor een bijzondere regeling inzake aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen art. 119a Ow.

Gezien hun solvabiliteit zal er veel moeten gebeuren voordat zij onder de aansprakelijkheidslast van oude gevallen bezwijken.²⁸⁷ Of het ooit zover zal komen valt niet te zeggen. Geheel onmogelijk is dat wellicht niet, wanneer aansprakelijkheid ter zake van bijvoorbeeld tal van thans nog onbekende beroepsziekten onder oude polissen zou kunnen worden gebracht. RSI en computerscherm-letsel bijvoorbeeld zouden, indien bewezen, zoveel werknemers kunnen betreffen, dat de omvang der schade zelfs in een doem-scenario voor slapeloze nachten kan zorgen.²⁸⁸ Dit krijgt nog een extra dimensie wanneer in aanmerking wordt genomen dat ter zake van talloze long tail-claims dekking onder meer dan een polis zal bestaan.²⁸⁹

In het meer waarschijnlijke geval dat deze en dergelijke apocalyptische gebeurtenissen achterwege blijven, zal de last nog wel te torsen zijn. In *zoverre* is er geen reden de noodklok te luiden. Dat enkele feit betekent intussen niet dat er geen grond is voor zorg. In de eerste plaats kan men zich afvragen of het een gelukkige situatie is dat assuradeuren, goeddeels²⁹⁰ buiten hun eigen toedoen, relevante verliezen lijden waarmee ten tijde van het sluiten van de verzekeringsovereenkomsten redelijkerwijs niet kon worden gerekend.

Consideratie met verzekeraars is evenwel niet erg en vogue, al is dat vermoedelijk mede te wijten aan de vele, niet onderbouwde klachten, waarvoor geen basis *leek* te bestaan. Nu inmiddels is komen vast te staan²⁹¹ dat daarvoor wel degelijk aanleiding kan bestaan, zou dat kunnen veranderen.

287. Zij het dat volgens het CEA-rapport 1994 'both the (...) Verzekeringskamer and the Ministry of Finance are worried about the required solvency margin of general liability insurers given the possible claims to be expected, arising from events sometimes in the distant past, but from which damage is now becoming manifest or will become manifest in the near future. Cases in point are occupational diseases and environmental liability claims' (blz. NL-3/8).

288. Het United States National Institute of Occupational Safety and Health heeft RSI 'identified (...) as the commonest single cause of occupation related absenteeism in the developed world, describing it as "the illness of the decade".' Volgens J. Morgan is een verweer gebaseerd op onbekendheid ermee gedoemd te falen, nu er reeds in 1977 voor werd gewaarschuwd. Zie RSI: no strain, no gain, in *Personal Injury Law and Medical Review*, vol. 1 1994 blz. 125 en 127.

289. Zie 2.19.3.

290. Met name de laatste jaren hebben ze onvoldoende alert gereageerd. Zie 2.19.2.

291. Zie ook Faure en Hartlief, a.w., in het bijzonder blz. 232 e.v.

Ook wanneer men geen 'medelijden' met verzekeraars heeft, dient te worden stilgestaan bij de *consequenties* van de ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht. De hiervoor geschetste ervaringen hebben bij verzekeraars en herverzekeraars het besef doen groeien dat zij niet op de oude voet door kunnen gaan. De voorgestelde nieuwe dekkingsgrondslag (claims made) spreekt wat dat betreft boekdelen. Afhankelijk van de in- en uitloopdekking (omstandighedenclausule, namelding) zal zij een wezenlijke beperking der dekking inhouden. Dat betekent dat de verzekeraarbaarheid zou kunnen afnemen. De last van aansprakelijkheden komt dan te liggen bij de laedens,²⁹² of, als deze niet kan betalen, de benadcelde dan wel de samenleving. Dat is geen aantrekkelijk perspectief. De slachtofferbescherming, waarvan ons recht in toenemende mate is doordrongen,²⁹³ kan aldus ook in gevaar komen.

Potentieel nog ernstiger is wanneer verzekeraars voort zouden gaan met het aanbieden van te ruime dekkingen.²⁹⁴ Wanneer de ontwikkelingen ernstig tegenvallen (bijvoorbeeld: de opkomst van bepaalde veel voorkomende beroepsziekten), dan moet, ook in ons land, op termijn rekening worden gehouden met het gevaar van faillissementen van assuradeuren, waarmee bestaande dekkingen waardeloos worden. Daarbij zij nogmaals beklemtoond dat de toekomst wel eens veel somberder zou *kunnen* zijn dan verzekeraars blijkbaar aannemen.²⁹⁵

Het behoeft weinig betoog dat de gevolgen zéér verstrekend kunnen zijn. De stelling klinkt, naar wij onderkennen, onaannemelijk. En inderdaad, het is alleszins mogelijk dat zij die haar naar de prullenmand der science fiction verwijzen het gelijk aan hun zijde zullen krijgen. Toch is zij, naar onze overtuiging, niet

292. Dit zou vooral het midden- en kleinbedrijf treffen, aldus B. Duynstee, *Intermediair* 21 juli 1995 blz. 11, die deze stelling lijkt toe te schrijven aan Mr Six.

293. Zie nader hoofdstuk 3 en 4.3.2.

294. Onze bijdrage in *NJB* 1996, blz. 45 e.v.

295. In het kader van dekkingen voor schade ter zake van EMF is, volgens Ceurvorst, *Casualty Underwriter* van Cologne Re in Londen, de 'London Market's response' 'woefully inadequate', *Congresverslag, Product Liability International*, January 1995 blz. 10. Juist vanwege de grote en onbekende risico's bevelen Faure en Hartlief aan om zeer kritisch te kijken naar de omvang van de dekking inzake beroepsziekten, a.w. blz. 335 e.v. Hun suggestie kan slechts worden onderschreven.

z6 weinig plausibel, dat zij als een fata morgana kan worden afgedaan. Al dan niet onder druk van herverzekeraars, die ook met zorgen barendc ontwikkelingen in andere landen worden geconfronteerd, zal de dekking de komende jaren vrij zeker verder worden beperkt. Een tamelijke kale claim made-dekking (zonder relevante inloop en met een zeer beperkte uitloop) ligt in het nabije verschiët, althans voor ten tijde van het aangaan van de verzekeringsovereenkomst onbekende long tail-schades. Ondanks de daartegen geopperde bezwaren, lijkt een dergelijke modaliteit alleszins aanvaardbaar, mits in klare taal duidelijk wordt gemaakt dat de dekking bij opvolgende verzekeringen gaten vertoont. Niet voor niets wordt claims made in tal van landen toelaatbaar geacht.

Het oprukken van de claims made-dekking met wezenlijke in- en uitloopbeperkingen voor dergelijke gevallen is niet alleen onze verwachting, maar ook onze hoop. Dat klinkt merkwaardig, nu het a prima vista betekent dat problemen deels op het bord van laedens en gelaedeerde zullen belanden. En inderdaad kán dat het geval zijn. In de meeste gevallen zal dat niet zo zijn. Voor de meeste schades maakt niet uit of wordt gedekt op basis van act committed, loss occurrence of claims made. Gebeurtenis en schade vallen samen en zijn terstond bekend. Dekking is dan geen probleem. Zij wordt dat wél bij long tail-schades. Dienaangaande kan op langere termijn geen verzekeraar zich veroorloven om blanco chèques af te geven, hetgeen nauwkeurig is wat gebeurt als de exposure en daarmee de premie niet valt te calculeren.

Bij de beperkte claims made-dekking dient ten aanzien van niet long tail-gevallen voorkomen te worden dat schades, voortspuitend uit een eerder aangemelde schade, niet onder enige dekking vallen. Niet onder de inmiddels beëindigde polis, omdat deze niet voorziet in uitloop; niet onder de opvolgende omdat deze geen inloop biedt.²⁹⁶ Wanneer bijvoorbeeld de gevolgen van een arbeidsongeval, dat onder een AVB-polis tot een claim leidde, ernstiger zijn dan zich aanvankelijk liet aanzien, dan

296. Wansink wijst erop dat vele polissen zonder meer geen dekking verlenen 'ter zake van aanspraken die betrekking hebben op letsel of zaakbeschadiging ontstaan voor de ingangsdatum', De algemene aansprakelijkheidsverzekering, blz. 111.

dient deze schade onder enige dekking te vallen. Al was het maar omdat het claims made-stelsel niet is ingegeven door de vrees voor dergelijke alledaagse, niet bijzonder kostbare en allerminst onvoorzienbare of oncalculeerbare risico's. In de model AVB-polis 1996 kan zij onder de 'oude polis' worden gebracht.²⁹⁷

²⁹⁷. Art. 21, zo nodig bezien in samenhang met art. 1.1.

Hoofdstuk 3

DE UITDIJENDE REIKWIJDTE VAN HET AANSPRAKELIJKHEIDSRECHT?

§ 3.1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk bleek dat op bepaalde aansprakelijkheidsterreinen, overeenkomstig de klachten van verzekeraars, sprake is van een duidelijke stijging in aantal en/of omvang van de claims. Van belang is of deze toename van de claims te maken heeft met een uitbreiding van het aansprakelijkheidsrecht. Is het zo dat de uitkeringen waartoe verzekeraars gehouden zijn, stijgen omdat thans sneller en in ruimere mate aansprakelijkheid wordt aangenomen dan enkele decennia geleden? Dat is de vraag die in dit hoofdstuk centraal staat. Om deze vraag te beantwoorden, worden in dit hoofdstuk allereerst verschillende aansprakelijkheidscategorieën onder de loep genomen. Steeds wordt nagegaan of bij de desbetreffende categorie een ontwikkeling in de richting van een ruimere aansprakelijkheid aanwijsbaar is, of dat zich een tegengesteld dan wel een neutraal beeld aftekent.

Achtereenvolgens komen aan de orde: de aansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen en beroepsziekten (par. 3.2); de aansprakelijkheid voor beroepsfouten (par. 3.3); de aansprakelijkheid voor gevaarstelling (par. 3.4); de aansprakelijkheid in het kader van sport en spel (par. 3.5); de aansprakelijkheid in het verkeer (par. 3.6); de aansprakelijkheid voor gebrekkige producten (par. 3.7); de milieu-aansprakelijkheid (par. 3.8); de aansprakelijkheid van de overheid (par. 3.9); de aansprakelijkheid voor hinder (par. 3.10); de aansprakelijkheid voor leidingschade (par. 3.11); de aansprakelijkheid voor ongelukjes (par. 3.12); de aansprakelijkheid op basis van redelijkheid (par. 3.13) en de aansprakelijkheid van bestuurders (par. 3.14).

Bij de bespreking van de verschillende, hier onderscheiden, aansprakelijkheidscategorieën wordt een belangrijke plaats toegekend aan de factoren, waarvan wordt aangenomen dat ze een

rol spelen bij de toerekening in de zin van art. 6:98 BW.¹ Te denken valt aan:

- de aard van de aansprakelijkheid (in de zin van aard van de verweten gedraging);
- de aard van de schade;
- de aard van de overtreden norm;
- de voorzienbaarheid van schade;
- de persoon van de laedens en die van de gelaedeerde;
- de mogelijkheid om de schade te verzekeren.

Aannemelijk is dat deze factoren niet alleen van belang zijn bij de beantwoording van de vraag, welke schade als een gevolg van de daad aan de dader moet worden toegerekend, maar een meer algemene functie in het aansprakelijkheidsrecht vervullen. Met name bij de beantwoording van de aansprakelijkheidsvraag kunnen de factoren een belangrijke rol spelen. Zo blijken de aard van de overtreden norm en de aard van de (te verwachten) schade in het verkeersrecht onderdeel te vormen van de rechtvaardiging voor de snelle vestiging en de ruime omvang van de aansprakelijkheid, in gevallen waarin een zwakke verkeersdeelnemer wordt aangereden door een gemotoriseerd voertuig.² Een ander voorbeeld is de rol die de voorzienbaarheid van schade met name in het kader van de gevaarzetting als centraal criterium voor de beoordeling van de aansprakelijkheid speelt.³ Ook bij de bepaling van de omvang van de te betalen schadevergoeding kunnen de factoren mede bepalend zijn. Behalve op het terrein van de toerekening, waar de invloed van de factoren zoals gezegd algemeen aanvaard wordt, kunnen ze van belang zijn bij beslissingen over bijvoorbeeld eigen schuld en matiging. Wanneer de genoemde factoren vaak een zo belangrijke functie blijken te vervullen bij de vestiging en de bepaling van de omvang van de aansprakelijkheid, zouden deze factoren ook wel eens bruikbaar kunnen zijn bij de verklaring van de trends die zich in het aansprakelijkheidsrecht voordoen. Bovendien zou-

1. Daarbij verdient opmerking dat twee van de factoren in art. 6:98 BW uitdrukkelijk zijn vermeld als bij de toerekening in aanmerking te nemen criteria.

2. Zie daarover nader par. 3.6.

3. Zie daarover nader par. 3.4 en 3.5.

den de factoren dan een zekere voorspellingswaarde kunnen hebben met betrekking tot de in de toekomst in het aansprakelijkheidsrecht te verwachten ontwikkelingen.

Na de bespreking van de verschillende aansprakelijkheidscategorieën wordt in dit hoofdstuk nog aandacht besteed aan enkele algemene vragen van schadevergoedingsrecht. Het gaat daarbij om de berekening van de schade (par. 3.15); de buitengerechtelijke kosten (par. 3.16); de alternatieve causaliteit (par. 3.17); de winstafdracht (par. 3.18); de vergoeding van immateriële schade (par. 3.19); de kring der gerechtigden (par. 3.20); matiging en limitering (par. 3.21) en verjaring (par. 3.22). Stuk voor stuk onderwerpen, die een belangrijke invloed hebben op (met name de omvang van) de aansprakelijkheid. Voor ieder van deze onderwerpen wordt daarom nagegaan of zich gedurende de laatste decennia relevante ontwikkelingen hebben voorgedaan, die gevolgen hebben voor de reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad.

A. De verschillende aansprakelijkheidscategorieën

§ 3.2 Aansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen en beroepsziekten

3.2.1 Algemeen

Voor de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de werkgever voor schade die voor zijn werknemer voortvloeit uit bedrijfsongevallen of beroepsziekten kent de wet een specifieke regeling, te weten art. 7A:1638x BW.⁴ Het betreft hier weliswaar een rege-

4. Art. 7A:1638x BW geldt in beginsel slechts voor privaatrechtelijke arbeidsovereenkomsten. Vergelijk over het toepassingsgebied van art. 7A:1638x BW nader L. Bier, Aansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen en beroepsziekten, diss. 1988, blz. 92 e.v.

Art. 7A:1638x BW is reeds tot stand gekomen in 1907, maar is in wezen pas tot leven gekomen in 1967 toen de Ongevallenwet (die civielrechtelijke aansprakelijkheid van de werkgever jegens zijn werknemers ten zeerste beperkte) werd vervangen door de Wet op de Arbeidsongeschiktheidsverzekering. Vergelijk hierover Bier, diss., blz. 137 e.v.; dezelfde, in Schets arbeidsomstandighedenrecht, 1991, blz. 146; L. Dommering-van Rongen, Stelplecht en bewijslast bij arbeidsongevallen, in Personenschade door bedrijfsongevallen, I.SA-Symposium 1993, blz. 15.

ling van contractuele aansprakelijkheid, maar zij sluit zo nauw aan bij het onderwerp van dit preadvies dat een bespreking ervan niet mag ontbreken.⁵

Ingevolge art. 7A:1638x BW heeft de werkgever, kort gezegd, de verplichting om te zorgen voor veilige werkomstandigheden. Wanneer de werkgever verwijtbaar tekortschiet in deze verplichting en de werknemer daardoor schade lijdt, is de werkgever in beginsel gehouden deze schade te vergoeden.⁶ Dat is slechts anders in geval van overmacht of grove schuld van de werknemer.⁷

3.2.2 De invloed van de toetsingsfactoren

Wanneer we de factoren die in dit onderzoek centraal staan in het kader van de onderhavige aansprakelijkheids categorie de revue laten passeren, blijken zij voor een belangrijk deel te wijzen in de richting van een snelle vestiging en een ruime omvang van de aansprakelijkheid.

Daarbij wijs ik allereerst op de *aard van de aansprakelijkheid* in samenhang met de *persoon van de gelaedeerde* en de *persoon van de laedens*. De schade waarom het in gevallen als de onderhavige gaat, is ontstaan in het kader van de uitoefening van een beroep of bedrijf. Van belang is daarbij dat de werknemer in dienst van de werkgever werkzaam is en derhalve in een afhankelijke positie verkeert. Het is de werkgever die in eerste instantie de ar-

5. Vergelijk in dit verband ook HR 15 juni 1990, NJ 1990, 716 waarin de regeling van art. 7A:1638x BW (voor een belangrijk deel) ook van toepassing wordt verklaard op de volgende onrechtmatige-daadactie van de werknemer tegen zijn feitelijke-niet formele werkgever (hetgeen met name bij onderaannemingsrelaties van belang is). Op deze en andere acties van de werknemer tot verhaal van schade door een bedrijfsongeval of een beroepsziekte buiten art. 7A:1638x BW om zal nader worden ingegaan in par. 3.2.9.

6. Wanneer de werknemer in verband met zijn werk schade lijdt zonder dat dit samenhang vertoont met enig handelen of nalaten van de werkgever op het punt van de te treffen veiligheidsmaatregelen, is er in beginsel geen reden de werkgever voor deze schade aansprakelijk te achten, zij het dat dit in bijzondere gevallen anders kan zijn. Vergelijk HR 16 oktober 1992, NJ 1993, 264 (PAS), waarin het gaat om schade die door de schuld van de werknemer tijdens de uitoefening van zijn functie aan diens eigen auto was ontstaan.

7. Daarbij blijkt het begrip 'overmacht' als een de werkgever bevrijdende omstandigheid geen praktische betekenis te hebben, in die zin dat daarin over het algemeen geen grond voor afwijzing van de aansprakelijkheid wordt gevonden. Zie daarover L. Bier, in Schets arbeidsomstandighedenrecht, 1991, blz. 158.

beidsomstandigheden en de te nemen veiligheidsmaatregelen bepaalt. De werknemer heeft daarop in beginsel geen invloed. Wanneer de werkgever nalatig is in het treffen van de vereiste veiligheidsmaatregelen, ligt het voor de hand dat in beginsel *verwiltbaar te achten*. Dit alles pleit ervoor de werknemer zo veel mogelijk te beschermen tegen nalatigheid van de werkgever op het punt van de te nemen veiligheidsmaatregelen.

De volgende factor die in het onderhavige geval duidelijk in de richting van een ruime aansprakelijkheid wijst, is de *aard van de overtreden norm*. Het betreft hier een van de meest typische gevallen van overtreding van veiligheidsnormen. Deze veiligheidsnormen zijn deels in de wet vastgelegd. Overtreding van dergelijke geschreven veiligheidsnormen wordt de verantwoordelijke persoon over het algemeen zwaar aangerekend. Maar ook wanneer de in de wet neergelegde regels zijn nageleefd, kan de werkgever tekort zijn geschoten in het nemen van maatregelen die met het oog op de veiligheid van zijn werknemers van hem kunnen worden gevergd. Ook dan is er sprake van overtreding van een (ongeschreven) veiligheidsnorm,⁸ hetgeen meebrengt dat er alle reden lijkt te zijn voor een ruime aansprakelijkheid.

Daarbij moet worden bedacht dat de aard van de overtreden norm met name in dit laatste geval vooral van belang zal zijn bij de bepaling van de omvang van de aansprakelijkheid en derhalve in mindere mate voor de vestiging ervan. De vraag naar de aansprakelijkheid gaat binnen de onderhavige categorie immers voor een belangrijk deel op in de vraag naar het al dan niet in acht genomen zijn van de voor de werkgever geldende veiligheidsvoorschriften. Wanneer eenmaal is vastgesteld dat de werkgever nalatig is geweest in het treffen van de noodzakelijke veiligheidsvoorschriften, en daarmee ook de aard van de overtreden norm vorm heeft gekregen, is de aansprakelijkheidsvraag reeds voor een belangrijk deel beantwoord. Bij de vestiging van de aansprakelijkheid kan het karakter van de overtreden norm dan dus geen belangrijke rol meer spelen. Dat het gaat om de

8. Vergelijk in dit verband het, overigens niet op een 1638x-geval betrekking hebbende, arrest van de Hoge Raad van 13 januari 1995, RvdW 1995, nr. 31, waaruit kan worden afgeleid dat het begrip veiligheidsnorm in dit verband niet is beperkt tot geschreven veiligheidsnormen. Zie over deze uitspraak nader par. 3.4.6.

niet naleving van een veiligheidsnorm zal er echter wel toe leiden dat de ontstane schade in beginsel ruim wordt toegerekend. Een belangrijke rol speelt voorts de *aard van de schade*. Bij bedrijfsongevallen en beroepsziekten zal het in de regel gaan om letselschade, een schadesoort die relatief gemakkelijk leidt tot een ruime aansprakelijkheid.

Op het punt van de *mogelijkheid om de schade te verzekeren* moet worden onderscheiden tussen de aansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen en die voor beroepsziekten. De uit bedrijfsongevallen voortvloeiende schade kan in theorie zowel door de werkgever als door de werknemer worden verzekerd. Het is echter voor de werkgever eenvoudiger om een volledige dekking van de schade te waarborgen. De werknemer zal bij ziektekosten- en arbeidsongeschiktheidsverzekeringen – en dat zijn de verzekeringen waarop de werknemer i.c. is aangewezen – immers vaak te maken krijgen met eigen risico's en met de regel dat (zoals in de WAO) slechts een bepaald percentage van de schade gedekt wordt. Met name arbeidsongeschiktheidsverzekeringen verlenen in de regel geen volledige dekking. Wanneer de werknemer zich wel van een volledige dekking zou willen verzekeren, zou dat voor hem hoge kosten meebrengen, die hij niet op een ander kan verhalen. De werkgever daarentegen kan er in beginsel voor zorgen dat zijn aansprakelijkheid voor schade als de onderhavige geheel is gedekt. Bovendien kan hij de daarvoor verschuldigde premies doorberekenen aan de afnemers van zijn produkten.⁹ De verzekering van schade ten gevolge van beroepsziekten is voor de werkgever minder eenvoudig. In de eerste plaats is het vanwege het long tail karakter dat eigen is aan de schade die voortvloeit uit diverse beroepsziekten niet altijd zeker dat de eventuele aansprakelijkheid van de werkgever onder de dekking van diens verzekering valt. In de tweede plaats wordt juist op het terrein van de beroepsziekten, zoals in hoofdstuk 2 bleek, gevreesd voor een enorme toename van het aantal en de omvang van de claims in de nabije toekomst. Ook dat zal naar alle waarschijnlijkheid zijn invloed hebben op de verzekeraarbaarheid van de door beroepsziekten veroorzaakte schade voor de werkgever. Al met al is het niet uitgesloten dat het, zeker in de toekomst,

9. Vergelijk over de invloed van verzekering op dit punt T. Hartdief en R.P.J.L. Tjittes, *Sociaal Recht* 1990, blz. 283.

voor de werknemer gemakkelijker is dan voor de werkgever om de schade die voortvloeit uit een beroepsziekte – zij het niet voor de volle 100% – te verzekeren.

De laatste factor die van belang is, zij het niet in die zin dat deze zonder meer pleit voor een snelle vestiging en ruime omvang van de aansprakelijkheid, is de *voorzienbaarheid*. Bij de beantwoording van de vraag naar de van de werkgever te vergen veiligheidsmaatregelen zal een rol spelen in hoeverre de aan de bedrijfsactiviteiten verbonden gevaren kenbaar zijn voor de werkgever. Wanneer de gevaren kenbaar zijn en de werkgever desondanks geen veiligheidsmaatregelen treft, is in hoge mate voorzienbaar dat daaruit voor de werknemers schade zal voortvloeien. Dit pleit, wanneer de werknemers ten gevolge van het ontbreken van de vereiste veiligheidsmaatregelen inderdaad schade lijden, in beginsel voor een ruime aansprakelijkheid van de werkgever voor deze schade.

Laten we eens nagaan of het beeld dat de rechtspraak inzake art. 7A:1638x BW te zien geeft, overeenkomt met hetgeen op basis van de hiervoor beschreven inventarisatie van factoren verwacht mag worden.

3.2.3 *De jurisprudentie; algemeen*

De aansprakelijkheid ex art. 7A:1638x BW is geen risico- maar een schuldaansprakelijkheid. Dat zal zij ook onder de werking van het ontwerp art. 7:658 BW blijven. Voorwaarde voor de aansprakelijkheid van de werkgever is dat hij verwijtbaar tekortgeschoten is in de op hem rustende verplichting om de vereiste veiligheidsmaatregelen ten behoeve van zijn werknemers te treffen.¹⁰ De rechtspraak heeft inmiddels echter een zodanige invulling aan art. 7A:1638x BW gegeven dat de daarop gebaseerde aansprakelijkheid steeds meer verwantschap gaat vertonen met

10. Het is goed dat we ons realiseren dat op de werknemer geen algemene verplichting rust om schadevergoeding te betalen aan iedere werknemer aan wie een bedrijfsongeval overkomt of die een beroepsziekte oploopt. Om de bedoelde schadevergoedingsverplichting te doen ontstaan, moet in ieder geval sprake zijn van een aantoonbare tekortkoming van de kant van de werkgever. Vergelijk HR 25 juni 1982, NJ 1983, 151; HR 17 november 1989, NJ 1990, 572; HR 15 juni 1990, NJ 1990, 716; HR 17 november 1989, NJ 1990, 572.

een risico-aansprakelijkheid.¹¹ De verruiming van de aansprakelijkheid van de werkgever verloopt globaal genomen langs vijf wegen¹², te weten:

- a. De invulling die wordt gegeven aan de zorgvuldigheidsverplichting van de werkgever met betrekking tot de te nemen veiligheidsmaatregelen;
- b. De stelplicht- en bewijslastverdeling tussen werkgever en werknemer;
- c. De ruimte die wordt gelaten voor het zogenaamde eigenschuldverweer;
- d. Het toepassingsbereik van art. 7A:1638x BW;
- e. De afbakening van de voor vergoeding in aanmerking komende schade.

Duidelijk zal zijn dat de onder a, b en d genoemde wegen tot verruiming van de aansprakelijkheid van de werkgever betrekking hebben op de vestiging van de aansprakelijkheid en dat c en e gericht zijn op de omvang ervan.

3.2.4 De invulling van de zorgvuldigheidsverplichting

Wanneer moet worden beoordeeld of de werkgever op basis van art. 7A:1638x BW aansprakelijk is jegens zijn werknemer, dient allereerst te worden nagegaan welke zorgplicht in het concrete geval op de werkgever rust.¹³ Bij de invulling van deze zorgplicht van de werkgever speelt de *strekking* van art. 7A:1638x BW, om werknemers een redelijke bescherming te bieden tegen de aan hun werkzaamheden verbonden gevaren,¹⁴ een belangrijke rol. De werkgever heeft ingevolge art. 7A:1638x BW zoals gezegd de

11. Vergelijk ook J. Spier, A&V 1993, blz. 36.

12. Vergelijk over de verschillende manieren om aan de werknemer verdere bescherming te verlenen tegen bedrijfsongevallen ook T. Hartlief en R.P.J.L. Tjittes, Sociaal Recht 1990, blz. 10 e.v. Vergelijk voorts J. Spier, A&V 1993, blz. 33 e.v.

13. Zie over de door de werkgever op het gebied van de veiligheid in acht te nemen zorgvuldigheid met name Bier, diss., blz. 167 e.v., dezelfde, in Schets arbeidsomstandighedenrecht (1991), blz. 158, 159 en par. 7.4.

14. Zie over deze strekking van art. 7A:1638x BW nog eens weer uitdrukkelijk HR 25 juni 1993, NJ 1993, 686 (PAS).

verplichting om zorg te dragen voor veilige arbeidsomstandigheden. Van belang is dat daarmee niet wordt beoogd een absolute waarborg te scheppen voor de bescherming van de werknemer tegen gevaren op de arbeidsplaats. Uit de tekst van de bepaling volgt dat de werkgever zorg dient te dragen voor een zodanige beveiliging als gelet op de aard van de te verrichten arbeid redelijkerwijs van hem kan worden gevergd.¹⁵ Daartoe behoort bijvoorbeeld ook het geven en handhaven van adequate instructies, alsmede het toezicht op de geschiktheid van de betrokken werknemers voor de werkzaamheden waarom het gaat.¹⁶ Wat in een concreet geval precies van de werkgever kan worden verlangd, is mede afhankelijk van de omstandigheden van het geval en wordt bij gevolg in sterke mate bepaald door het oordeel van de feitenrechter. Uit de jurisprudentie blijkt dat de oordelen van de feitenrechters omtrent de van de werkgever te verwachten inspanning op het punt van de veiligheid nogal wisselend zijn.¹⁷ Zoals hierna zal blijken, is er een tendens in de richting van een steeds verdergaande zorgplicht van de werkgever. Maar dat neemt niet weg dat er nog steeds ruimte lijkt te zijn voor beslissingen die van deze lijn afwijken.

Een voorbeeld van dit laatste is het geval van de werknemer die via een in het ruim van een schip aanwezige, niet verankerde, ladder naar boven wil klimmen en – doordat de bewuste ladder onder hem wegglijdt – ten val komt.¹⁸ De Rechtbank wijst de schadevordering van de werknemer tegen de werkgever af. De reden daarvoor is dat voor de werknemer een veilige, verankerde ladder beschikbaar was en dat dan de enkele omstandigheid dat er ook een ladder in het ruim stond, die niet bestemd en geschikt was om met behulp daarvan het ruim van het schip te verlaten, nog niet meebrengt dat de werkgever is tekortgescho-

15. Vergelijk onder meer HR 14 april 1978, NJ 1979, 245; HR 10 juni 1983, NJ 1984, 20 (PAS); HR 1 juli 1993, NJ 1993, 687 (PAS); HR 24 juni 1994, NJ 1995, 137 (PAS).

16. Vergelijk in dit verband HR 10 juni 1983, NJ 1984, 20 (PAS). Zie ook HR 6 maart 1987, NJ 1987, 533, waaruit blijkt dat het enkele feit dat een collega-werknemer aanwijzingen geeft die afwijken van de door de werkgever gegeven instructies en die uiteindelijk leiden tot een bedrijfsongeval nog geen aansprakelijkheid van de werkgever doet ontstaan.

17. Zie in dit verband het overzicht van Bier, diss., blz. 179 e.v.

18. Zie HR 24 juni 1994, NJ 1995, 137.

ten in de voor hem uit art. 7A:1638x BW voortvloeiende verplichtingen. De Hoge Raad oordeelt dat de Rechtbank hiermee geen blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting en laat daarmee een beslissing, die niet past in de lijn naar verdergaande bescherming van de werknemer, in stand. De beslissing van de Rechtbank is op zich zelf misschien wel te rechtvaardigen, maar had mijns inziens beter anders kunnen luiden. Waarom zou een werkgever er niet voor behoren te zorgen dat zich geen onveilige 'instrumenten' op de werkplek bevinden? Met name wanneer de gevaren die eigen zijn aan bepaalde hulpmiddelen kenbaar zijn, zoals i.c. bij de niet verankerde ladder het geval was, is verdedigbaar dat de werkgever aansprakelijk is voor de schadelijke gevolgen die uit de aanwezigheid van deze hulpmiddelen op de werkplek voortvloeien.

Dat brengt ons bij het belang dat bij de invulling van de zorgplicht van de werkgever toekomt aan de kenbaarheid van de gevaren waarmee de werknemer bij de door hem te verrichten arbeid te maken kan krijgen.¹⁹ Met betrekking tot kenbare gevaren worden de vereiste veiligheidsmaatregelen verlangd. De kenbaarheid wordt tot op zekere hoogte geobjectiveerd. Het gaat er derhalve niet alleen om welke gevaren de werkgever feitelijk kende, maar ook welke gevaren hij mede gelet op de stand van de wetenschap en de techniek redelijkerwijs had kunnen kennen. Wanneer er sprake is van een duidelijk gevaarscheppend apparaat of proces, brengt de op de werkgever rustende zorgplicht mee dat hij zich uit eigen beweging door deskundigen moet laten voorlichten omtrent de gevaren van de betrokken apparatuur of stoffen en op basis van deze voorlichting de nodige veiligheidsvoorzieningen moet treffen alvorens zijn personeel met de apparatuur of stoffen te laten werken.²⁰

De inhoud van de zorgplicht van de werkgever wordt vanzelfsprekend mede bepaald door de geldende veiligheidswetgeving.²¹ Van de werkgever wordt in ieder geval geëist dat hij de in de wet en de daarmee verband houdende uitvoeringsbesluiten neerge-

19. Zie HR 14 april 1978, NJ 1979, 245. Vergelijk over het vereiste van kenbaarheid ook Bier, diss., blz. 192 c.v.

20. Zie HR 29 april 1983, NJ 1984, 19 (PAS).

21. Gcdoord wordt op de Arbo-wet, de daarbij behorende veiligheidsbesluiten en de op grond daarvan door de Arbeidsinspectie gedane aanbevelingen.

legde veiligheidsvoorschriften naleeft. Daartoe kan hij zich echter niet beperken. Wanneer specifieke wettelijke regels met betrekking tot de gebruikte apparatuur of stoffen ontbreken, ontslaat dat de werkgever niet van zijn zorgplicht. Hij is in het algemeen gehouden om zich zo goed mogelijk te oriënteren omtrent de gevaren die aan de in of ten behoeve van zijn bedrijf gebruikte apparatuur en stoffen mogelijkwijs verbonden kunnen zijn en om zich tijdig op de hoogte te stellen van eventuele nieuwe ontwikkelingen die van invloed kunnen zijn op de te nemen veiligheidsmaatregelen. Daarbij kan ook van belang zijn welke informatie omtrent de aan de apparatuur of stoffen verbonden gevaren in het buitenland beschikbaar is.²² Dit alles wil niet zeggen dat iedere nieuwe ontwikkeling in de wetenschap omtrent de gevaren van bepaalde apparaten of stoffen voor de werkgever onmiddellijk de verplichting meebrengt om daaraan aangepaste veiligheidsmaatregelen te (doen) nemen. Zo oordeelt de Hoge Raad dat het, wanneer in de medische wetenschap een bepaald verband bekend wordt tussen de blootstelling aan een bepaalde stof en het gevaar voor het ontstaan van een bepaalde (uiteindelijk letale) ziekte, van de omstandigheden afhangt wanneer dit voor de werkgever de verplichting doet ontstaan om maatregelen te nemen ter voorkoming van, althans bescherming tegen, die ziekte.²³

Daarbij wordt uitdrukkelijk aangegeven dat rekening dient te worden gehouden met enig tijdsverloop dat is gemoeid met het

22. Zie hierover HR 6 april 1990, NJ 1990, 573 (PAS). Het voorgaande heeft ook gevolgen voor de in het volgende nummer behandelde bewijslastverdeling. Uit de onderhavige beslissing van de Hoge Raad blijkt dat het aan de werkgever is om aan te geven in hoeverre hij zich tijdig omtrent de aan de in het kader van de bedrijfsvoering gebruikte apparatuur en stoffen verbonden gevaren en de in verband daarmee te treffen voorzieningen heeft laten voorlichten, dan wel waarom een dergelijk onderzoek of dergelijke voorzieningen redelijkerwijs niet van hem konden worden gevergd. Verder zal de werkgever moeten aangeven wat naar zijn mening in de relevante periode in soortgelijke bedrijven als het zijne gebruikelijk was, met dien verstande dat hij niet zonder meer op een zodanige norm mag vertrouwen als hij reden had (behoren te hebben) om aan te nemen dat die norm uit het oogpunt van veiligheid onvoldoende was.

23. Zie HR 25 juni 1993, NJ 1993, 686 (PAS). Als relevante omstandigheden worden door de Hoge Raad uitdrukkelijk genoemd: 1. welke mate van zekerheid er in de medische wetenschap omtrent het bedoelde verband bestaat; 2. of reeds andere schadelijke werkingen van de desbetreffende stof bekend zijn; 3. de ernst van het gevaar.

onderzoek dat de werkgever moet (doen) verrichten. Hieruit lijkt te kunnen worden afgeleid dat ook op het moment dat in de medische wetenschap reeds duidelijk is gemaakt dat bepaalde veiligheidsmaatregelen in de werksfeer op hun plaats zijn, het ontbreken van wetenschap op dit punt bij de werkgever nog gedurende bepaalde tijd verontschuldigbaar moet worden geacht. Het is de vraag of dat jegens de werknemers die het slachtoffer worden van het niet geheel up to date zijn van de wetenschap van de werkgever *op zijn eigen bedrijfsterrein* wel redelijk is. Beter is het naar mijn mening om van de werkgever te eisen dat hij zijn bedrijfsvoering onmiddellijk aanpast aan de nieuwste stand van de wetenschap en de techniek. Wanneer de werkgever feitelijk nog niet van de nieuwste ontwikkelingen in wetenschap en techniek op de hoogte is of redelijkerwijs wellicht enige tijd behoeft voor het aanbrengen van de noodzakelijke aanpassingen, is dat zijn risico en niet dat van de benadeelde werknemer. De schade die in de bewuste periode door het niet aangepast zijn van de arbeidsomstandigheden wordt veroorzaakt, behoort dan ook voor rekening van de werkgever te komen.²⁴

Al met al wordt in de jurisprudentie aan de werkgever wel enige tijd gegeven om in te spelen op nieuwe ontwikkelingen op het gebied van de veiligheid. Maar dat neemt niet weg dat blijkens het voorgaande hoge eisen worden gesteld aan de uit art. 7A:1638x BW voor de werkgever voortvloeiende zorgplicht.²⁵ Hij moet als een 'goed huisvader' voor de veiligheid van zijn werknemers zorgen. Daarbij wordt niet het uiterste, niet het onmogelijke van hem gevergd, maar een verdergaande beperking van zijn zorgplicht wordt niet beoogd.²⁶ De vergaande zorgplicht van de werkgever vindt zijn grond blijkens de jurisprudentie vooral in de strekking van art. 7A:1638x BW om de werknemer te beschermen tegen de gevaren van de van hem gevraagde werkzaamheden en houdt daarmee ten nauwste verband met de *aard*

24. Vergelijk ook par. 3.5.4, waar blijkt dat er in ieder geval nog een voorbeeld in de jurisprudentie is, waarin het ontbreken van voldoende deskundigheid gedurende een bepaalde tijd niet voor rekening van de daarvoor verantwoordelijke persoon maar van het slachtoffer wordt gebracht.

25. Vergelijk in dit verband onder meer A.P.M. Simonis, in: Financiering en aansprakelijkheid, Serie Onderneming en recht, deel I, blz. 217.

26. Vergelijk de conclusie van A-G Ten Kate voor HR 27 juni 1975, NJ 1976, 81.

van de verweten gedraging en de persoon van de laedens en van de gelaedeerde.

3.2.4.1 *De stelplicht- en bewijslastverdeling*

Wanneer eenmaal vaststaat welke de inhoud is van de zorgplicht van de werkgever, dat wil zeggen welke veiligheidsmaatregelen hij had moeten treffen, rijst de vraag of hij (verwijtbaar) tekortgeschoten is in het treffen van deze maatregelen en of dat de oorzaak is geweest van de voor de werknemer ontstane schade. De stelplicht en bewijslast op dit punt rusten in beginsel op de werknemer. De Hoge Raad is de werknemer echter in de loop der tijd op diverse manieren tegemoet gekomen.²⁷ Zo is het sinds 1982 regel dat de werkgever zijn ontkenning van de stelling van de werknemer, dat de vereiste veiligheidsmaatregelen niet zijn getroffen, zo veel mogelijk met redenen dient te omkleden. Deze motiveringsplicht kan, zo oordeelt de Hoge Raad, meebrengen dat de werkgever moet aangeven welke maatregelen hij heeft genomen om arbeidsongevallen als waarom het in het concrete geval gaat te voorkomen dan wel in hoeverre hij zich tijdig heeft laten voorlichten omtrent de te nemen veiligheidsmaatregelen. Voorts kan de rechter aan de omstandigheden van het geval vermoedens ontleenen, die meebrengen dat de bewijslast geheel of gedeeltelijk op de werkgever komt te rusten.²⁸

27. Vergelijk over de bewijslastverdeling in het kader van art. 7A:1638x BW onder meer Bier, diss., blz. 69 e.v.; Losbladige Arbeidsovereenkomst, art. 1638x, aant. 3.

28. Zie IIR 25 juni 1982, NJ 1983, 151 (PAS). Vergelijk ook HR 6 april 1990, NJ 1990, 573, in welke uitspraak de Hoge Raad oordeelt dat de werkgever in het algemeen de omstandigheden zal moeten aangeven die meer in zijn sfeer liggen dan in die van de werknemer. Vergelijk voorts HR 24 februari 1989, NJ 1989, 426. Zie ook IIR 1 juli 1993, NJ 1993, 687 (PAS) en HR 24 november 1995, RvdW 1995, 246, waarin de stelplicht van de werkgever op het punt van de genomen c.q. te nemen veiligheidsmaatregelen nog eens wordt benadrukt.

Aantekening verdient dat in het ontwerp van de bepaling die art. 7A:1638x BW in de toekomst moet vervangen (art. 7:658 BW, voorheen art. 7:652 BW) is gekozen voor een werkelijke omkering van de bewijslast. De werknemer behoeft volgens deze regeling nog slechts te stellen en te bewijzen dat hij schade heeft geleden ten gevolge van de door hem ten behoeve van de werkgever verrichte werkzaamheden. Hij behoeft dus niet het causaal verband tussen zijn schade en enigzins tekortkoming van de werkgever aan te tonen. Het is aan de werkgever om te bewijzen dat de schade niet is veroorzaakt doordat hij is →

Een en ander kan het bewijs van het ontbreken van de vereiste en gelet op de omstandigheden ook redelijkerwijs te vergen veiligheidsmaatregelen voor de werknemer aanzienlijk eenvoudiger maken. Wanneer eenmaal vaststaat dat de veiligheidsmaatregelen, die geboden zijn ter voorkoming van bedrijfsongevallen of beroepsziekten als waarom het gaat, door de werkgever niet zijn genomen, is de werknemer een heel eind op weg. Wel zal hij nog aannemelijk moeten maken dat er samenhang bestaat tussen het ongeval c.q. de ziekte en de omstandigheden waaronder hij zijn werk heeft moeten verrichten. Op dit punt worden aan de werknemer echter geen hoge eisen gesteld.

Uit de jurisprudentie blijkt dat het vereiste causaal verband gegeven is, indien het niet nemen van de noodzakelijke veiligheidsmaatregelen de kans op het intreden van de schade aanmerkelijk heeft verhoogd.²⁹ Daarbij is in beginsel niet van belang welk soort schade precies is ontstaan en op welke wijze deze schade in concreto is ingetreden. Ook als het achterwege blijven van de vereiste maatregelen heeft geleid tot de verwezenlijking van een gevaar dat de werkgever op dat moment nog niet bekend was, is de aansprakelijkheid gegeven.³⁰ Dat is slechts anders wanneer de werkgever bewijst dat het nemen van de vereiste veiligheidsmaatregelen het ongeval c.q. de ziekte niet zou hebben voorkomen.³¹

De gedachte hierachter is kennelijk dat het, wanneer eenmaal vaststaat dat de werkgever een noodzakelijke *veiligheidsmaatregel* verwijtbaar achterwege heeft gelaten en daardoor *letselschade* is ontstaan, niet terzake doelt op welke wijze de schade precies is ingetreden en om welke soort letselschade het daarbij gaat.³² De

→ tekortgeschoten in zijn verplichtingen. Anticipatie op deze bepaling is door de Hoge Raad in het hiervoor genoemde arrest uit 1982 (impliciet) afgewezen.
29. Zie met name HR 21 juni 1974, NJ 1974, 453 (GJS). Vergelijk ook Bier, diss., blz. 52 e.v.; J. van Schellen, Toerekening naar redelijkheid naar huidig en komend recht, 1985, blz. 87.

30. Zie over de gevolgen van deze regel voor de vraag naar de te vergoeden schade par. 3.2.7.

31. Zie HR 25 juni 1993, NJ 1993, 686 (PAS). Vergelijk ook HR 21 juni 1974, NJ 1974, 453 (GJS); HR 17 november 1989, NJ 1990, 572; HR 22 maart 1991, NJ 1991, 420.

32. Vergelijk de conclusie van A-G Hartkamp voor HR 25 juni 1993, NJ 1993, 686, blz. 2851 l.k. waarin uitdrukkelijk wordt gewezen op de rol die de aard van de overtreden norm en de aard van de schade, alsmede de verwijtbaarheid →

aansprakelijkheid van de werkgever is in deze gevallen een gegeven. Een uitzondering is slechts op haar plaats wanneer de werkgever aantoonbaar dat de vereiste veiligheidsmaatregelen de schade niet zouden hebben voorkomen en het achterwege blijven van deze maatregelen derhalve niet de *conditio sine qua non* voor de schade vormt. Het bewijs van het al dan niet bestaan van het bedoelde *conditio sine qua non*-verband is niet altijd eenvoudig te leveren. Dat de bewijslast op dit punt in de jurisprudentie op de werkgever is gelegd, kan dan ook worden aangemerkt als een versterking van de positie van de werknemer.

In de meeste gevallen speelt de vraag naar het vereiste causaal verband tussen de schade van de werknemer en het niet nakomen door de werkgever van zijn in art. 7A:1638x BW bedoelde verplichtingen slechts in gevallen waarin de directe oorzaak van de schade van de werknemer bekend is. Dan is het ook niet zo verwonderlijk dat van de werknemer op het punt van het bewijs van het causaal verband tussen zijn schade en het niet nageleefd zijn van de noodzakelijke veiligheidsmaatregelen niet veel wordt gevraagd.³³ Nog niet zo lang geleden is de Hoge Raad echter geconfronteerd met een geval, waarin juist de oorzaak van het door de werknemer tijdens zijn werk opgelopen letsel onduidelijk was.³⁴ De werknemer had tijdens de bediening van een zogenaamde excenterpers een ernstige verwonding aan zijn linker

→ van de nalatigheid van de werkgever in dit verband spelen. Ook de desbetreffende uitspraak van de Hoge Raad (van 25 juni 1993, NJ 1993, 686) laat, zij het minder expliciet, zien dat i.c. van belang is dat het gaat om overtreding van een veiligheidsnorm en om (mogelijke) letselschade. De Hoge Raad kent immers uitdrukkelijk betekenis toe aan de omstandigheid dat De Schelde (zoals wordt verondersteld) 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, alsmede aan de omstandigheid dat dit verzuim de kans dat de werknemer een tot een mesotheliom leidend asbestkristal zou binnenkrijgen, in aanmerkelijke mate heeft verhoogd.

Vergelijk voorts de conclusie van A-G Biegman-Hartogh voor HR 15 oktober 1982, NJ 1984, 21, blz. 97 r.k.; L. Bier, NTBR 1993, blz. 211; A.P.M. Simonis, a.w. blz. 223, 224.

33. Vergelijk bijvoorbeeld HR 21 juni 1974, NJ 1974, 453 (GJS), waarin de werknemer van een trap zonder leuning was gevallen; IJR 24 februari 1989, NJ 1989, 426, waarin de werknemer ammoniakgas had ingeademd; HR 17 november 1989, NJ 1990, 572, waarin een door de werknemer uitgenomen ruit was gebroken.

34. Zie HR 9 juni 1995, RvdW 1995, 127.

wijsvinger opgelopen. De vinger was aan het middelste kootje vrijwel geheel geamputeerd. Replantatie was onmogelijk. Uit deskundigenonderzoek was gebleken dat het letsel niet door de excenterpers kon zijn veroorzaakt. Wel had de ingeschakelde deskundige opgemerkt dat de stalen korfpallets, waarin het met de excenterpers te bewerken materiaal werd aangevoerd, af en toe moeilijk open en dicht gingen. 'Het met geweld openen van het neerklapbare deel zou', aldus de deskundige, 'indien de vinger zich daartussen bevond, (...) aanleiding hebben kunnen geven tot het omschreven letsel.'

De vraag is hoe in een dergelijk geval de stelplicht en de bewijslast met betrekking tot de oorzaak van het ongeval tussen werkgever en werknemer moet worden verdeeld. De Hoge Raad komt ook hier de werknemer tegemoet. Beslissend wordt geacht dat de werknemer ernstig letsel heeft opgelopen en dat de aard van dit letsel duidt op onveiligheid van de werkplek. Wanneer de werknemer in een zodanige situatie niet beschikt over nadere gegevens inzake de oorzaak van het ongeval, kan hij volstaan met te stellen dat het ongeval *kan* zijn veroorzaakt op de door de deskundige mogelijk geachte wijze en dat de werkplek derhalve niet voldeed aan de in art. 7A:1638x BW bedoelde veiligheids-eisen. Afwijking van deze regel wordt slechts gerechtvaardigd geacht wanneer een andere aannemelijke verklaring van het ongeval, dan het ontbreken van voldoende veiligheidsmaatregelen, uit de processtukken blijkt.

Hiermee is duidelijk dat de werknemer zelfs in gevallen waarin de oorzaak van de schade die hij op het werk heeft opgelopen onduidelijk is, maar waarin wel sprake is van ernstig letsel en er bovendien aanwijzingen zijn dat dit is veroorzaakt door onveiligheid in de werksfeer, een reële kans heeft dat zijn schadeverdering tegen de werkgever slaagt. Wanneer komt vast te staan dat het ongeval door onveiligheid op de werkplek *kan* zijn veroorzaakt, gaat de vraag naar een eventueel tekortschieten van de werkgever op het punt van de veiligheid wel degelijk een rol spelen met alle gevolgen van dien. Ook dit is weer een stapje in de richting van een versterking van de positie van de werknemer en daarmee van een uitbreiding van de aansprakelijkheid van de werkgever.

De rechtspraak is de werknemer op het punt van de vereiste causaliteit tussen het ontbreken van de noodzakelijke veiligheids-

maatregelen en de schade nog in een ander opzicht tegemoet gekomen. Daarbij doel ik op de problemen waarmee de werknemer wordt geconfronteerd bij bepaalde beroepsziekten die een lange incubatietijd kennen. Het bekendste voorbeeld daarvan vormt momenteel een van de ziektes die men kan oplopen door blootstelling aan asbest, te weten mesotheliom – een kwaadaardig gezwel buiten de longen. Deze ziekte kan reeds ontstaan door het inademen van een enkel asbestkristal. Het is echter bijna onmogelijk om aan te tonen dat de werknemer het fatale asbestkristal heeft binnen gekregen gedurende de periode waarin hij in dienst was van de betrokken werkgever en waarin de werkgever niet de veiligheidsmaatregelen heeft getroffen die van hem konden worden verlangd. Het omgekeerde is even moeilijk bewijsbaar.

De Hoge Raad heeft uitdrukkelijk overwogen dat het niet strookt met de *strekking* van art. 7A:1638x BW om het risico dat niet kan worden bewezen dat de werknemer het fatale asbestkristal heeft binnengekregen gedurende de hiervoor bedoelde relevante periode, ten laste van de werknemer te brengen. De werkgever kan zich er derhalve niet met succes op beroepen dat de werknemer het fatale asbestkristal mogelijkerwijs heeft binnengekregen in een andere dan de voor zijn aansprakelijkheid relevante periode. Hiermee wordt het risico dat niet kan worden bewezen wanneer de werknemer het fatale asbestkristal exact heeft binnengekregen uitdrukkelijk op de werkgever gelegd, hetgeen het voor de werknemer aanzienlijk eenvoudiger maakt om zijn schade volledig op de werkgever te verhalen.

Uit het voorgaande kan de conclusie worden getrokken dat de bewijslastverdeling in de jurisprudentie op verschillende punten aanzienlijk in het voordeel van de werknemer is bijgesteld. Daarbij blijken de *aard van de overtreden norm*, de *aard van de (te verwachten) schade* en opnieuw de *strekking* van art. 7A:1638A BW, die nauw samenhangt met de *aard van de verweten gedraging* en de *persoon van laedens en gelaedeerde*, een centrale rol te spelen.

3.2.5 *De ruimte voor het eigen-schuldverweer*

Zoals gezegd is de werkgever blijkens de tekst van art. 7A:1638x BW niet aansprakelijk indien de schade in belangrijke mate

mede aan grove schuld van de werknemer te wijten is.³⁵ Het ligt op de weg van de werkgever om deze grove schuld van de werknemer te bewijzen.³⁶ En dat is niet eenvoudig. In 1975 oordeelde de Hoge Raad dat slechts sprake kan zijn van grove schuld in de zin van art. 7A:1638x als, alle omstandigheden van het geval in aanmerking genomen, de schuld van de werknemer zo ernstig is dat daartegenover de tekortkoming van de werkgever in zijn zorgplicht op het punt van de veiligheid in het niet valt. Bij de bepaling van de aan de schuld van de werknemer te stellen eisen moet rekening worden gehouden met het ervaringsfeit dat iemand die dagelijks met bepaalde produktiemiddelen omgaat niet altijd alle voorzichtigheid in acht zal nemen die ter voorkoming van ongelukken noodzakelijk is.³⁷ Ter motivering van dit alles wordt uitdrukkelijk gewezen op de bedoeling van de wetgever en dus de *strekking* van art. 7A:1638x BW om de werknemer te beschermen.³⁸ In 1992 wordt het begrip grove schuld door de Hoge Raad in aansluiting bij de pendant van art. 7A:1638x BW in het NBW, alsmede bij art. 6:170 lid 3 BW en opnieuw onder verwijzing naar de *beschermingsgedachte* die ten grondslag ligt aan art. 7A:1638x BW uitdrukkelijk gelijkgesteld met 'opzet of bewuste roekeloosheid'.³⁹ Daarmee wordt de grove schuld van de werknemer nog scherper begrensd dan daarvoor reeds was gebeurd.⁴⁰

Bij dit alles is van belang dat er blijkens de jurisprudentie geen ruimte is voor een beroep op eigen schuld van de werknemer en

35. Zie over de vraag wanneer er sprake is van grove schuld van de werknemer onder meer Bier, diss., blz. 268 e.v. en met name blz. 292 e.v.; dezelfde, in: Scheis arbeidsomstandighedenrecht, 1991, par. 7.5.2.

36. Vergelijk HR 27 juni 1975, NJ 1976, 81.

37. Vergelijk HR 14 april 1978, NJ 1979, 245; HR 22 maart 1991, NJ 1991, 420. Vergelijk hierover Bier, diss., blz. 220 e.v.

38. Zie met name HR 27 juni 1975, NJ 1976, 81 (GJS), in welk arrest ook de hiervoor weergegeven invulling van het begrip grove schuld is neergelegd, alsmede HR 9 januari 1987, NJ 1987, 948 (PAS); HR 6 maart 1987, NJ 1987, 533; IIR 22 maart 1991, NJ 1991, 420; HR 2 maart 1992, NJ 1992, 496 (PAS).

39. Zie HR 27 maart 1992, NJ 1992, 496 (PAS).

40. Bewuste roekeloosheid moet in dit verband worden verstaan als een graad van onvoorzichtigheid die in de buurt van opzet komt. Het gaat erom dat de werkgever de kans op een ongeluk wilens en wetens op de koop toeneemt. Het spreekt voor zich dat van deze bewuste roekeloosheid evenmin als van opzet snel sprake zal zijn. Zie H.L.J. Roelvink, *Personenschade door bedrijfsongevallen, Aansprakelijkheid en afwikkeling*, blz. 4.

de daaraan normaal gesproken gekoppelde verdeling van de schadelast over partijen, indien de eigen schuld niet kan worden gekenschetst als grove schuld in de hiervoor bedoelde zin.⁴¹ Ook dit wordt weer gekoppeld aan de *strekking* van art. 7A:1638x BW om de werknemer te beschermen. De ruimte voor het eigen-schuldverweer is hiermee al met al zeer beperkt. In de MvT bij art. 7:658 NBW (het nieuwe art. 7A:1638x BW) wordt in dat verband opgemerkt dat het, gelet op de omstandigheid dat de schade binnen een dienstverband wordt opgelopen en het de werkgever is die in eerste instantie de arbeidsomstandigheden bepaalt, billijk is de schuld van de werknemer die niet bestaat in opzet of bewuste roekeloosheid voor rekening van de werkgever te laten komen.⁴² De *aard van de schadeveroorzakende activiteit* en de *personen van de betrokken partijen* spelen daarmee uitdrukkelijk een rol bij de inperking van het eigen-schuldverweer en dus bij de uitbreiding van de aansprakelijkheid van de werkgever.⁴³

Gezien het voorgaande is de werkgever, wanneer eenmaal vaststaat dat hij verwijtbaar tekortgeschoten is in het treffen van de vereiste veiligheidsmaatregelen, in beginsel gehouden de *gehele* schade van de werknemer die voortvloeit uit het bedrijfsongeval of de beroepsziekte te vergoeden.⁴⁴ De vergoedingsplicht ontbreekt slechts in het zich zelden voordoende geval dat de werknemer grove schuld heeft aan het ongeval. Benadrukt zij dat de aansprakelijkheid van de werkgever dan ook *geheel* vervalt. Van enige verdeling van de schadelast, zoals bij eigen schuld in het algemeen het uitgangspunt is, kan in geval van grove schuld van de werknemer geen sprake meer zijn.⁴⁵ Gezien de ruime bescherming die de werknemer voor het overige geniet, ligt het

41. Zie HR 9 januari 1987, NJ 1987, 948 (PAS).

42. Zie TK 1993-1994, nr. 23 438, nr. 3, blz. 40.

43. Vergelijk ook P.A. Stein, die er in NJB 1987, 948, blz. 3266 op wijst dat de Hoge Raad er in toenemende mate toe overgaat bij de bepaling van de invloed van eigen schuld van de benadeelde rekening te houden met de maatschappelijke verhouding tussen de aansprakelijke persoon en de benadeelde.

44. Vergelijk in dit verband HR 8 februari 1985, NJ 1986, 136.

45. Zowel de uitsluiting van enige invloed van eigen schuld als het geen grove schuld betreft als het geheel vervallen van de aansprakelijkheid in geval van grove schuld, kan worden aangemerkt als een toepassing van de billijkheidscorrectie van art. 6:101 BW. Vergelijk L. Bier, in Schets arbeidsomstandighedenrecht, 1991, blz. 179, 180; H.L.J. Roelvink, in Personenschade door bedrijfsongevallen; Inleidingen Symposium LSA 1993, nr. 4.

voor de hand dat grove schuld van de werknemer niet te snel zal worden aangenomen. Verdedigbaar is dat bij de beantwoording van de vraag naar grove schuld van de werknemer de mate van schuld van de werkgever aan de schade niet uit het oog mag worden verloren. Naarmate de werkgever in sterkere mate schuld heeft aan het ontstaan van de schade, zal minder snel grove schuld van de werknemer worden aangenomen.

3.2.6 Het toepassingsbereik van art. 7A:1638x BW

De zorgplicht die art. 7A:1638x BW op de werkgever legt, richt zich op 'de lokalen, werktuigen en gereedschappen, waarin of waarmede hij den arbeid doet verrichten'. Medio 1993 is aan de Hoge Raad de vraag voorgelegd wat in dat verband moet worden verstaan onder de term lokaal.⁴⁶ Het ging daarbij om een geval waarin de werknemer letsel opliep, op het moment dat hij over de bouwplaats van zijn eigenlijke werkplek naar een keet liep om zich te verkleeden. Van belang is dat de werkgever van de betrokken werknemer in onderaanneming arbeid deed verrichten op een bepaald, beperkt gedeelte van het bouwterrein. Daarmee rees de vraag of het begrip lokaal eng moet worden uitgelegd en de aansprakelijkheid van de werkgever moet worden beperkt tot de (besloten) ruimte waar de specifieke arbeid wordt verricht. De Hoge Raad blijkt daarvoor niets te voelen. Integendeel, het wordt in overeenstemming geacht met de *strekking* van art. 7A:1638x BW om aan te nemen dat de zorgplicht van de werkgever voor de veiligheid van zijn werknemers zich in beginsel uitstrekt tot het gehele bouwterrein, ook voor zover daarop door derden werkzaamheden worden verricht.

Dat de werkgever als onderaannemer geen zeggenschap heeft over het gehele bouwterrein en de zorg voor de veiligheid aldaar dus grotendeels moet overlaten aan anderen (zoals de opdrachtgever van de bouw, de hoofdaannemer en eventuele andere onderaannemers), doet aan het voorgaande niet af. Al deze personen kunnen in de visie van de Hoge Raad worden aangemerkt als hulppersonen, van wie de werkgever gebruik maakt bij de nakoming van zijn zorgplicht jegens de werknemers en voor wiens falen hij dan ook aansprakelijk is. Wanneer deze hulpper-

⁴⁶. Zie HR 1 juli 1993, NJ 1993, 687 (PAS).

sonen zijn tekortgeschoten in hun zorgplicht voor de veiligheid op het bouwterrein, is de werkgever daarvoor jegens zijn schadelijgende werknemer aansprakelijk. De werkgever kan niet aan deze aansprakelijkheid ontkomen door aan te tonen dat hij een voldoende zorgvuldig onderzoek heeft ingesteld naar de deugdelijkheid van de door de hulppersonen getroffen veiligheidsmaatregelen. Het gaat om de feitelijke situatie. Wanneer die ten gevolge van het tekortschieten van hulppersonen van de werkgever onvoldoende veilig is, moet de werkgever daarvoor 'boeten'.

De 'hulppersoonconstructie' was eerder reeds gebruikt in een geval waarin de werknemer door de formele werkgever bij een derde was tewerkgesteld. Bij een zodanige, op bijvoorbeeld uitlening, uitzendarbeid of aanneming van werk gebaseerde, tewerkstelling van de werknemer bij een derde heeft de formele werkgever in de regel feitelijk niet of nauwelijks zeggenschap over de arbeidsomstandigheden van de werknemer. Dit doet echter niet af aan de aansprakelijkheid van de werkgever ex art. 7A:1638x BW voor eventuele schade door bedrijfsongevallen of beroepsziekten. De werkgever maakt in een geval als dit immers bij de uitvoering van de krachtens art. 7A:1638x BW op hem rustende verplichtingen gebruik van de hulp van derden, hetgeen betekent dat hij, net als andere schuldenaren die bij de uitvoering van hun verbintenissen gebruik maken van hulppersonen, aansprakelijk is voor hun handelen of nalaten alsof het zijn eigen handelen of nalaten betreft.⁴⁷ Ook collega-werknemers van het slachtoffer gelden als hulppersonen van de werkgever in de hiervoor bedoelde zin.⁴⁸

De werkgever kan zich blijkens het voorgaande niet zonder meer van zijn aansprakelijkheid uit art. 7A:1638x BW bevrijden door aan te geven dat anderen verantwoordelijk zijn voor het achterwege blijven van de vereiste veiligheidsmaatregelen in de werksituatie. In veel gevallen zullen deze anderen worden aangemerkt als hulppersonen voor wiens handelen of nalaten de werkgever aansprakelijk moet worden geacht. De categorie hulppersonen is ruim. Zij omvat blijkens het voorgaande ook personen over wie de werkgever in kwestie geen enkele zeggenschap heeft, als-

47. Zie HR 15 juni 1990, NJ 1990, 716 (PAS).

48. Zie HR 22 maart 1991, NJ 1991, 420.

mede personen met wie hij geen enkele contractuele relatie heeft.⁴⁹ De categorie hulppersonen is echter niet zo ruim dat zij zich ook uitstrekt tot degenen die in dienst of ten behoeve van de hulppersonen of van derden werkzaam zijn. Hebben deze in dienst of ten behoeve van de hulppersonen werkzame personen de geldende veiligheidsmaatregelen niet in acht genomen en is daardoor de schade van de werknemer veroorzaakt, dan kan de werkgever niet krachtens art. 7A:1638x BW aansprakelijk worden gesteld.⁵⁰ Ter motivering van deze regel wijst de Hoge Raad er weer op dat de bewuste bepaling niet beoogt een absolute waarborg te scheppen voor bescherming van werknemers tegen gevaren op de werkplek. Hiermee wordt nog eens bevestigd dat art. 7A:1638x BW ondanks alle ontwikkelingen in de rechtspraak ten gunste van de werknemer nog steeds een schuldaansprakelijkheid en geen risico-aansprakelijkheid omvat. Van belang is dat opnieuw de *strekkingen* het karakter van art. 7A:1638x BW maatgevend blijken te zijn voor de reikwijdte van de daaruit voortvloeiende aansprakelijkheid.

De hiervoor besproken ruime interpretatie van het begrip 'lokaal' en de toepassing van de 'hulppersoonconstructie' dragen zeker bij aan de verbetering van de positie van de werknemer die het slachtoffer wordt van bedrijfsongevallen of beroepsziekten. Beide wegen om het toepassingsbereik van art. 7A:1638x BW te verruimen, blijken hun grondslag met name te vinden in de strekking van de bepaling en daarmee dus in de *aard van de verweten gedragingen in de persoon van de laedens en van de gelaedeerde*.

3.2.7 De omvang van de te vergoeden schade

In par. 3.2.4 bleek dat het voor de vestiging van de aansprakelijkheid noodzakelijke causaal verband gegeven is wanneer het niet nemen van de vereiste veiligheidsmaatregelen de kans op het intreden van de schade aanmerkelijk heeft verhoogd. Daarbij is niet noodzakelijk dat de specifieke schadesoort en de wijze waarop deze in concreto is ingetreden ook voorzienbaar was

49. Zie daarover ook J. Spier, A&V 1993, blz. 38.

50. Vergelijk P.A. Stein, die in zijn noot onder het arrest van HR 1 juli 1993, NJ 1993, 687 de lijn doortrekt en stelt dat de werkgever ook niet aansprakelijk is voor door de hulppersonen ingeschakelde hulpzaken.

voor de werkgever. Dit impliceert dat ook niet voorziene schade wordt toegerekend, mits deze verband houdt met het bedrijfsongeval dat of de beroepsziekte die ten gevolge van het ontbreken van de noodzakelijke veiligheidsmaatregelen is ontstaan.

Voorts bleek in par. 3.2.4 dat aan de vestiging van de aansprakelijkheid niet in de weg hoeft te staan dat de werkgever slechts gedurende een deel van de periode waarin de werknemer een beroepsziekte kan hebben opgelopen tekortgeschoten is in zijn verplichting om de vereiste veiligheidsmaatregelen te treffen. Overigens is deze regel slechts van toepassing op beroepsziekten die, zoals mesotheliom, hun oorzaak vinden in een enkele gebeurtenis en derhalve niet op ziekten die, zoals asbestose, pas ontstaan na een bepaalde mate van blootstelling aan een gevaarlijke stof. Bij ziekten als mesotheliom geldt, dat de enkele omstandigheid dat niet zeker is dat de beslissende gebeurtenis (het inademen van het later fataal blijkende asbestkristal) heeft plaatsgevonden op een moment waarop de bewuste werkgever zijn veiligheidsplicht niet naleefde, niet in de weg staat aan de aansprakelijkheid van de werkgever. Een en ander vindt zijn grondslag weer in de *strekking* van art. 7A:1638x BW om de werknemer te beschermen. Aannemelijk is dat de uitspraak van de Hoge Raad in het arrest Cijssouw-De Schelde⁵¹ zo moet worden gelezen dat de werkgever, die slechts gedurende een deel van het dienstverband van de werknemer is tekortgeschoten in zijn zorgplicht, in gevallen als deze evenmin met succes een beroep kan doen op het ontbreken van het vereiste *conditio sine qua non*-verband teneinde de omvang van zijn aansprakelijkheid te beperken. De werkgever zal in een dergelijk geval derhalve in beginsel aansprakelijk worden gehouden voor de volledige schade die voor de werknemer uit de beroepsziekte voortvloeit.

In de literatuur wordt wel verdedigd dat dit oordeel in ieder geval aanpassing verdient indien de periode waarin de werknemer verwijtbaar tekortgeschoten is in het treffen van veiligheidsmaatregelen enerzijds en het dienstverband van de werkgever anderzijds slechts zeer kort zijn samengevallen. Het zou dan niet billijk zijn om de werkgever zonder meer aansprakelijk te stellen voor de gehele schade van de werknemer. In deze gevallen wordt wel gekozen voor een pro rata ofwel proportionele benadering,

51. HR 25 juni 1993, NJ 1993, 686 (PAS).

zodat de werkgever slechts het deel van de schade behoeft te vergoeden dat correspondeert met de kans dat de oorzaak van de schade is gelegen in de periode waarin de werkgever verwijtbaar nalatig is geweest.⁵² Hoewel deze benadering mij zeer redelijk en wenselijk voorkomt, is het zeer de vraag of zij past binnen de jurisprudentie die op het terrein van de door een eenmalige gebeurtenis veroorzaakte beroepsziekten inmiddels is ontwikkeld. In deze jurisprudentie krijgt de bescherming van de werknemer een steeds meer absoluut karakter. Het ligt dan ook voor de hand dat de Hoge Raad in deze gevallen desgevraagd zal oordelen dat de strekking van art. 7A:1638x BW, om de werknemer te beschermen, aan de pro rata oplossing in de weg staat.

Hoe ruim de door bedrijfsongevallen (en beroepsziekten) veroorzaakte schade wordt toegerekend, blijkt met name uit het arrest van de Hoge Raad inzake Joe tegen Chicago Bridge & Iron Company Inc.⁵³ Dit betreft een geval waarin de werknemer bij een bedrijfsongeval, dat is veroorzaakt doordat de werkgever tekortgeschoten is in de naleving van de op hem rustende veiligheidsverplichtingen, knieletsel oploopt. Doordat de behandelend arts onvoldoende aandacht besteden aan dit letsel, ontwikkelt zich bij de werknemer een psychisch trauma, waardoor hij ondanks de genezing van het lichamelijke letsel arbeidsongeschikt blijft. De vraag is of de met deze arbeidsongeschiktheid samenhangende schade op de werkgever verhaald kan worden. De Hoge Raad stelt bij zijn oordeel voorop dat hier gaat om arbeidsongeschiktheid van een werknemer die *lichamelijk letsel* heeft opgelopen ten gevolge van een ongeval dat te wijten is aan schending door zijn werkgever van een *rechtsnorm die mede ertoe strekt de werknemer tegen het gevaar van letsel te beschermen*. In een zodanig geval moet de ontstane schade naar het oordeel van de Hoge Raad ruim worden toegerekend. Dit betekent dat in beginsel ook schade die samenhangt met het uitblijven van of de vertraging in het herstel als gevolg van het tekortschieten door de betrokken artsen met betrekking tot het onderzoeken en/of

52. Vergelijk L. Bier, in Schets arbeidsomstandighedenrecht, 1991, blz. 185, 186; N. Frenk, NJB 1995, blz. 482 e.v.; J. Hijma, AA 1994, blz. 114, die kiest voor de proportionele benadering als de kans dat de schade gedurende het nalatigheidstijdvak is ontstaan minder dan 20% bedraagt; J. Spier, A&V 1993, blz. 37; 53. HR 8 februari 1985, NJ 1986, 136 (CJHB).

het behandelen van het letsel, als een gevolg van het ongeval aan de werkgever moet worden toegerekend. Dat geldt eveneens als het medisch falen slechts in samenhang met de persoonlijke predispositie en de daardoor bepaalde psychische reactie van de werknemer tot verstoring van het herstelproces leidt. Hieraan voegt de Hoge Raad toe dat dit onder bijzondere omstandigheden anders kan zijn, bijvoorbeeld als de werknemer mede gelet op zijn persoonlijkheidsstructuur niet voldoende meewerkt aan zijn herstel. Daarnaast kan de bijzondere persoonlijkheidsstructuur van de werknemer vanzelfsprekend meewegen bij de begroting van de schade.

Het voorgaande betekent, dat wanneer eenmaal vaststaat dat de werkgever aansprakelijk is voor een aan zijn werknemer overkomen bedrijfsongeval of een door hem opgelopen beroepsziekte, deze aansprakelijkheid ruim wordt ingevuld. Daarbij blijkt met name van belang te zijn dat het gaat om de overtreding van een voor de werkgever geldende *veiligheidsnorm* en dat daardoor voor de werknemer *letselschade* ontstaat. Deze kenmerken brengen mee dat de werkgever in beginsel aansprakelijk is voor de gehele schade die uit het genoemde letsel voortvloeit, ook als deze schade groter is dan in de normale lijn der verwachtingen lag.⁵⁴

3.2.8 *Tussenbalans*

Hiervoor is gebleken dat de aansprakelijkheid van de werkgever voor bedrijfsongevallen en beroepsziekten de laatste jaren aanzienlijk is uitgebreid. De eisen die worden gesteld aan de zorgplicht van de werkgever op het punt van de veiligheid zijn steeds verder aangescherpt. De stelplicht en bewijslastverdeling zijn op diverse punten ten gunste van de werknemer aangepast, hetgeen voor hem een buitengewoon effectieve bescherming kan opleveren. De ruimte voor het eigen-schuldverweer is sterk ingeperkt. Het toepassingsbereik van art. 7A:1638x BW is uitgebreid. En wanneer de aansprakelijkheid van de werkgever voor een bedrijfsongeval of een beroepsziekte eenmaal vaststaat, wordt de schade die verband houdt met het ongeval of de ziekte, ook wan-

54. Deze uitspraak sluit aan bij de rechtspraak die op het gebied van de overtreding van verkeersnormen is ontwikkeld. Zie onder meer HR 9 juni 1972, NJ 1972, 360. Vergelijk hierover nader par. 3.6.

neer deze niet direct te verwachten was, betrekkelijk gemakkelijk voor rekening van de werkgever gebracht.

Kortom, zowel op het punt van de vestiging als van de omvang van de aansprakelijkheid kan op het onderhavige terrein de laatste jaren een duidelijke verruiming worden gesignaleerd.

Met name de strekking van art. 7A:1638x BW wordt in de jurisprudentie regelmatig gebruikt ter motivering van beslissingen die de aansprakelijkheid van de werkgever verruimen. De omstandigheid *dat* er een wettelijke regeling is, die bedoeld is om de werknemer te beschermen, speelt daarmee een essentiële rol in de ontwikkeling die zich in de jurisprudentie binnen de onderhavige categorie heeft voorgedaan. Het lijkt erop dat de Hoge Raad zich, als er een wettelijke bepaling is die de neiging tot bescherming van slachtoffers ondersteunt, eerder dan in andere gevallen, die een wetsbepaling ontberen, vrij acht om er nog maar eens een schepje bescherming bovenop te doen. Datzelfde kan worden gesignaleerd op het terrein van het wegverkeer, voor zover het gaat om ongemotoriseerde verkeersdeelnemers die het slachtoffer worden van gemotoriseerd verkeer. Ook de bescherming van de zwakke verkeersdeelnemers wordt ondersteund door een wettelijke bepaling (art. 185 WVV) en ook deze bescherming is in de jurisprudentie, onder inroeping van de strekking van de bewuste wetsbepaling, inmiddels vergaand uitgebreid.⁵⁵

Opmerking verdient dat de ruime slachtofferbescherming in deze beide gevallen wordt vergemakkelijkt door de omstandigheid dat de te beschermen personen betrekkelijk eenvoudig als groep te identificeren zijn. Dat biedt de mogelijkheid om ze in een wettelijke regeling te vatten en om ze, op basis van deze regeling, als groep ook via de jurisprudentie nog extra bescherming te bieden. In art. 185 WVV gaat het om de groep der ongemotoriseerde en daardoor zwakke verkeersdeelnemers. Binnen de onderhavige categorie hebben we te maken met de groep van de werknemers. Vanzelfsprekend zijn er werknemers in allerlei 'soorten en maten', maar de meeste werknemers hebben gemeen dat zij op het punt van de veiligheid op het werk in een afhankelijke positie verkeren ten opzichte van de werkgever. Juist daarom verdienen zij, zo is de gedachte, tegenover de werk-

55. Zie daarover nader par. 3.6.

gever extra bescherming. Impliciet wordt op deze wijze bij de bepaling van de reikwijdte van de aansprakelijkheid van de werkgever derhalve belang toegekend aan de betrokken personen en aan de aard van de verweten gedraging. Ook meer in het algemeen geldt dat de strekking van art. 7A:1638x BW, die in de motivering van de rechterlijke beslissingen voortdurend terugkomt, mede een verwijzing omvat naar de aard van de verwezen gedraging en de persoon van de betrokken partijen. Ook langs die weg spelen deze toetsingsfactoren derhalve een rol bij de ontwikkeling die zich in de jurisprudentie heeft voorgedaan.

Verder is gebleken is dat de aard van de overtreden norm, de voorzienbaarheid en de aard van de door de werknemer opgelopen schade, zij het niet altijd even expliciet, een rol hebben gespeeld bij de verruiming van de aansprakelijkheid. Aangenomen wordt dat wanneer het niet nemen van de noodzakelijke veiligheidsmaatregelen de kans op het intreden van schade aanmerkelijk heeft verhoogd, het voor (de vestiging van de aansprakelijkheid) vereiste causaal verband is gegeven. De omstandigheid dat schade voor de werkgever voorzienbaar was, wordt daarmee uitdrukkelijk in de beschouwing betrokken. De voorzienbaarheid heeft in dat verband slechts betrekking op schade in het algemeen. De werkgever is – ervan uitgaande dat hij tekortgeschoten is in zijn verplichting om de vereiste veiligheidsmaatregelen te treffen – ook aansprakelijk voor nog onbekende risico's en niet door hem voorziene schade. Immers, indien er een veiligheidsvoorschrift is overtreden en daaruit letselschade voor een ander voortvloeit is in beginsel noch voor de vestiging noch voor de omvang van de aansprakelijkheid van belang of de soort schade en de wijze waarop zij is ingetreden voorzienbaar was.

Al met al is de aansprakelijkheid van de werkgever voor de gevolgen van bedrijfsongevallen en beroepsziekten de laatste twintig jaar zo sterk uitgebreid dat zij tendeert naar een risico-aansprakelijkheid. Deze in de rechtspraak ontwikkelde lijn past geheel bij hetgeen op basis van de in par. 3.2.2 behandelde deelfactoren verwacht mocht worden. De factoren wijzen immers genoeg alle in de richting van een snelle vestiging en een ruime omvang van de aansprakelijkheid. De rechtspraak heeft er de laatste jaren, met name door aan te sluiten bij de wettelijke regeling van art. 7A:1638x BW en de daaraan ten grondslag liggende gedachte van bescherming van de werknemer, maar ook

met behulp van de hier centraal staande toetsingsfactoren voor gezorgd dat dit ruime aansprakelijkheidsbeeld is bereikt.

3.2.9 Aansprakelijkheid van de werkgever buiten art. 7A:1638x BW

Behalve op basis van art. 7A:1638x BW kan de aansprakelijkheid van de werkgever voor de onderhavige schade vaak ook op een buitencontractuele grondslag worden gebaseerd.⁵⁶ Te denken valt met name aan bepaalde in afdeling 6.3.2 neergelegde risico-aansprakelijkheden als die van art. 6:170, 173, 174 en 175 BW. Stel bijvoorbeeld dat een opslagtank voor zoutzuur door onvoldoende ondersteuning openscheurt, met het gevolg dat een zich in de nabijheid bevindende werknemer door aanraking met het uitstromende zoutzuur letsel oploopt. Het ligt voor de hand om de schadevordering van de werknemer tegen zijn werkgever dan te baseren op art. 6:173 of 174 (afhankelijk van de vraag of de tank al dan niet als een roerende zaak moet worden aangemerkt) jo art. 181 BW dan wel op art. 6:175 BW. Deze bepalingen leggen de aansprakelijkheid op de bezitter van de zaak of opstal respectievelijk op de bedrijfsmatig gebruiker van de stof.⁵⁷

Het kan voor de werknemer bepaalde voordelen hebben wanneer hij zijn vordering kan baseren op een van de genoemde risico-aansprakelijkheden in plaats van op art. 7A:1638x BW. Zo is voor de vestiging van de bedoelde risico-aansprakelijkheden geen tekortkoming van de kant van de werkgever vereist. Ook kan de werkgever slechts in een beperkt aantal gevallen aan zijn aansprakelijkheid op basis van de genoemde bepalingen ontkomen. Hij gaat derhalve niet, zoals bij art. 7A:1638x BW, reeds 'vrijuit' wanneer hij bewijst dat hij alle voorzorgsmaatregelen heeft genomen die onder de gegeven omstandigheden van hem konden worden gevergd.

Aangenomen wordt veelal dat het de werknemer, ook wanneer

56. Zie over de verschillende mogelijke grondslagen van vorderingen van werknemers in verband met bedrijfsongevallen en beroepsziekten Bier, diss., blz. 231 e.v.; dezelfdc, in: Schets arbeidsomstandighedenrecht, 1991, par. 7.3.

57. Voor stoffen of opstallen geldt blijkens art. 6:181 BW ook dat de aansprakelijkheid, wanneer de stoffen of opstallen worden gebruikt in het kader van de uitoefening van een bedrijf, rust op de bedrijfsmatig gebruiker ervan.

art. 7A:1638x BW in beginsel toepasselijk is, vrij staat om zijn vordering te baseren op een van de risico-aansprakelijkheden van afdeling 6.3.2 BW.⁵⁸ Vervolgens rijst dan de vraag of de werknemer zich zelf daarmee berooft van de voordelen die de toepassing van art. 7A:1638x BW hem zou bieden. Daarbij denk ik met name aan de speciale regels die voor 1638x-procedures op het terrein van de eigen schuld in de rechtspraak zijn ontwikkeld. Eerder bleek immers dat art. 7A:1638x BW een uitdrukkelijke regel bevat omtrent de invloed van grove schuld van de werknemer. Deze regel vormt de grondslag voor de in de rechtspraak gevolgde lijn dat eigen schuld van de werknemer die niet kan worden gekenschetst als grove schuld (in de zin van opzet of bewuste roekeloosheid) niet leidt tot enige verdeling van de schadelast. Een dergelijke regel ontbreekt in de hier relevante bepalingen van afdeling 6.3.2. Reeds om die reden valt er veel voor te zeggen analoge toepassing van de 1638x-regels op dit punt achterwege te laten.

Naar mijn mening behoort deze analoge toepassing ook inderdaad achterwege te blijven. In de gevallen waarom het hier gaat, kan de werknemer kiezen of hij zijn vordering wenst te baseren op art. 7A:1638x BW of op één van de risico-aansprakelijkheden van afdeling 6.3.2 BW. Neemt de werknemer art. 7A:1638x BW als grondslag van zijn vordering, dan kan hij profiteren van de regels die in de jurisprudentie op basis van deze bepaling te zijn gunste zijn ontwikkeld. Besluit hij echter vrijwillig om niet art. 7A:1638x BW maar één van de risico-aansprakelijkheden van afdeling 6.3.2 BW aan zijn vordering tegen de werkgever ten grondslag te leggen, dan heeft hij de speciale bescherming van art. 7A:1638x BW daarmee prijsgegeven. De toewijsbaarheid van de vordering van de werknemer behoort dan te worden beoordeeld op basis van de regels en voorwaarden van de desbetreffende risico-aansprakelijkheid.

Bij dit alles moet wel worden bedacht dat de regels die voor 1638x-procedures over de invloed van de eigen schuld zijn ont-

58. Vergelijk hierover met name uitdrukkelijk de MvT op het ontwerp art. 7:658 BW, TK 1993-1994, nr. 23 438, nr. 3, blz. 40 en de daar aangehaalde wetsgeschiedenis van de relevante risico-aansprakelijkheden. Zie voorts C.J.M. Klaassen, NJB 1991, blz. 1414 e.v. Zie ook L. Bier, in *Schets arbeidsomstandighedenrecht*, 1991, blz. 155, 156.

wikkeld, gebaseerd zijn op de aard van de verweten gedraging en de persoon van de laccdens en van de gelaedcedc. Deze factoren zouden langs de weg van de billijkheidscorrectie ook bij een op een risico-aansprakelijkheid gebaseerde vordering nog een rol kunnen spelen. De aanpassing die op die manier ten gunste van de werknemer zou kunnen worden bereikt, zal mijns inziens echter niet zo ver kunnen gaan als de eigen-schuldregel die in art. 7A:1638x BW is neergelegd.⁵⁹

De buitencontractuele grondslag van de aansprakelijkheid van de werkgever kan niet alleen worden gezocht in de hiervoor genoemde risico-aansprakelijkheden van afdeling 6.3.2, maar ook in de algemene onrechtmatige-daadbepaling van art. 6:162 BW. In dat verband is het goed om nog even terug te keren naar de gevallen van uitlening/inlening van werknemers. In par. 3.2.6 bleek dat de uitlener als formele werkgever krachtens art. 7A:1638x BW aansprakelijk kan worden gesteld voor schade die voor de werknemer voortvloeit uit het achterwege laten van de vereiste veiligheidsmaatregelen door de inlenende feitelijke werkgever. Daaraan kan nu worden toegevoegd dat de schadelij-dende werknemer daarnaast de feitelijke werkgever kan aanspreken. Deze vordering zal moeten worden gebaseerd op de algemene regeling van de onrechtmatige daad, nu tussen de werknemer en de feitelijke werkgever in de regel geen contractuele relatie zal bestaan. Daarbij zijn de bijzondere regels met betrekking tot stelplicht en bewijslast, die in de rechtspraak zijn ontwikkeld voor procedures op basis van art. 7A:1638x BW, uitdrukkelijk van overeenkomstige toepassing verklaard.⁶⁰ Het onderscheid tussen op art. 7A:1638x BW en op art. 6:162 BW gebaseerde vorderingen is daarmee aanzienlijk verkleind.

Niet valt in te zien waarom de analoge toepassing van de voor art. 7A:1638x BW ontwikkelde regels beperkt zou moeten blijven tot het terrein van de stelplicht en de bewijslast. Naar mijn mening dienen bij een op art. 6:162 BW gebaseerde procedure

59. Vergelijk over de invloed van de 1638-regels buiten het eigenlijke toepassingsbereik van deze bepaling onder meer de MvT op art. 7:658, TK 1993-1994, nr. 23 438, nr. 3, blz. 40. Zie ook L. Bier, in *Schets arbeidsomstandighedenrecht* (1991), blz. 180; C.J.M. Klaassen, NJB 1991, blz. 1418.

60. Zie IIR 15 juni 1990, NJ 1990, 716 (PAS); HR 9 juni 1995, RvdW 1995, 127.

tegen de feitelijke werkgever in ieder geval ook de regels te gelden die met betrekking tot de zorgplicht van de werkgever ontwikkeld zijn. De vergaande zorgplicht van de werkgever die in het kader van art. 7A:1638x BW wordt aangenomen, vindt haar grondslag immers met name in de aard van de verweten gedraging en de persoon van de laedens en van de gelaedeerde. Op deze punten verschilt de 1638x-procedure niet van de 162-procedure tegen de feitelijke werkgever. Juist omdat de feitelijke werkgever degene is die in eerste instantie de arbeidsomstandigheden en daarmee de veiligheid op de werkplek bepaalt, zou zijn zorgplicht dezelfde moeten zijn als die van de werkgever die rechtstreeks wordt geconfronteerd met art. 7A:1638x BW.

Deze zorgplicht van de feitelijke werkgever behoort zich analoog aan de 1638x-situatie uit te strekken tot de gehele werksituatie van de werknemer in de ruime zin van het woord en behoort ook de aansprakelijkheid voor het handelen of nalaten van eventuele hulppersonen te omvatten. Ook op deze punten verschilt de positie van de uit art. 6:162 BW aangesproken feitelijke werkgever immers niet van die van de uit art. 7A:1638x BW aangesproken formele werkgever.

Tot slot ben ik van mening dat ook de regels die in het kader van art. 7A:1638x BW zijn ontwikkeld op het gebied van de eigen schuld analoog dienen te worden toegepast indien de vordering is gegrond op art. 6:162 BW. Daarbij kan worden verwezen naar hetgeen op dit punt is opgemerkt met betrekking tot de op art. 6:173, 174 of 175 BW gebaseerde vorderingen.

Al met al behoort de werknemer die zijn vordering tegen de werkgever – soms noodgedwongen – baseert op een andere regeling dan die van art. 7A:1638x BW gebruik te kunnen maken van de extra beschermingsregels die in het kader van 1638x-procedures in de rechtspraak zijn gevormd. De factoren die de achtergrond vormen van de uitbreiding van de bescherming van de werknemer jegens de werkgever zijn immers ook dan van toepassing. Het is daarom niet juist om het belang dat aan deze factoren wordt toegekend en daarmee de bescherming van de werknemer afhankelijk te stellen van de grondslag die hij kiest voor zijn vordering.

3.2.10 Afsluiting

Uit het voorgaande blijkt dat de jurisprudentie rondom art. 7A:1638x BW gedurende de laatste decennia een duidelijke ontwikkeling in de richting van een verdergaande bescherming van de werknemer heeft doorgemaakt.⁶¹ Ook het toepassingsbereik van art. 7A:1638x BW wordt steeds verder uitgebreid, zelfs tot het terrein van andere wettelijke bepalingen die als grondslag voor de schadevordering van de werknemer tegen zijn werkgever kunnen dienen. De aansprakelijkheid van de werkgever heeft daarmee zonder meer een uitbreiding ondergaan.

Op zich zelf komt deze uitbreiding van de aansprakelijkheid van de werkgever mij niet onredelijk voor. Zij past zoals gezegd goed bij het beeld dat de toepassing van de hier centraal staande factoren te zien geeft. Met name de afhankelijke positie die de werknemer op het punt van de veiligheid op de werkplek ten opzichte van zijn werkgever inneemt, de aard van de normen waaraan de werkgever zich op het gebied van de veiligheid heeft te houden, de voorzienbaarheid van schade als de normen niet worden nageleefd, alsmede de aard van deze schade pleiten voor een ruime aansprakelijkheid van de werkgever voor de schadelijke gevolgen die de werknemer van bedrijfsongevallen of beroepsziekten ondervindt.

De uitbreiding van de aansprakelijkheid van de werkgever heeft ook niet problematisch te zijn, zolang de veiligheidssituatie in de werksfeer voor de werkgever voldoende beheersbaar is. Hij kan dan immers zorgen dat de werkplek beantwoordt aan de noodzakelijke veiligheidseisen. En het is niet meer dan redelijk dat de werkgever, wanneer hij in deze zorgplicht tekortschiet, voor de gevolgen daarvan aansprakelijk is. Dat alles ligt echter anders wanneer de nieuwe ontwikkelingen, die zich met name op het gebied van beroepsziekten gedurende de laatste jaren hebben voorgedaan, in aanmerking worden genomen. Allerlei producten, waarmee voorheen zonder daarover na te denken

61. Vergelijk ook het door het instituut METRO van de Rijksuniversiteit Limburg in opdracht van de Afdeling Aansprakelijkheid van de Sector Schadeverzekering van het Verbond van Verzekeraars verrichte onderzoek 'Evolutie in de werkgeversaansprakelijkheid voor beroepsziekten en arbeidsongevallen', hoofdstuk II A.

werd gewerkt, blijken vele jaren laten schadelijk voor de gezondheid te zijn. Diverse bedrijfsmatige handelingen, die vanzelfsprekend zijn of waren, blijken opeens bepaalde, moeilijk grijpbare ziekteverschijnselen te veroorzaken. Denk hierbij alleen maar aan de nadelige gevolgen die het werken met asbest en het werken achter beeldschermen voor werknemers kan hebben. Mede gelet op de ontwikkelingen in het buitenland is het zeker niet uitgesloten dat werkgevers in de (nabije) toekomst zullen worden geconfronteerd met diverse tot dusver in Nederland nog betrekkelijk onbekende, aan de werksfeer gerelateerde, ziekteverschijnselen. Ik noem bijvoorbeeld de *repetitive strain injuries* (RSI), een aandoening die bijvoorbeeld bij secretaresses voorkomt en die bestaat in pijn en functieverlies ten gevolge van een voortdurende herhaling van bepaalde bewegingen, alsmede de organische psycho syndromen (OPS), een aantasting van het centrale zenuwstelsel door de blootstelling aan organische oplosmiddelen als verf, inkt en bepaalde schoonmaakmiddelen.⁶² Verwacht mag worden dat deze nieuwe beroepsziekten zullen leiden tot een aanmerkelijke uitbreiding van het aantal claims van werknemers tegen werkgevers.⁶³

Juist door deze nieuwe ontwikkelingen op het gebied van de beroepsziekten wordt de bedrijfsveiligheid voor de werkgever aanzienlijk minder goed te beheersen. Hij is afhankelijk van ontwikkelingen in de wetenschap en de techniek en wordt geacht zich daarbij direct of binnen korte tijd aan te passen. Wanneer de regels die in de loop der tijd in de jurisprudentie op het onderhavige terrein zijn ontwikkeld, worden toegepast op de situatie, die met de komst van de nieuwe beroepsziekten zal ontstaan, heeft de uitbreiding van de aansprakelijkheid van de werkgever wel zeer ingrijpende consequenties. Zij zal leiden tot een nog moeilijk te overziene uitbreiding van het aantal claims van werknemers tegen werkgevers, waarvoor op grond van de geldende regels dekking zal moeten worden verleend. Het behoeft geen betoog dat een zodanige uitbreiding van het aantal toegewezen

62. Vergelijk over deze en andere beroepsziekten, alsmede voor gegevens over de aan deze ziekten te verwachten kosten hoofdstuk IV en V van het onderzoeksrapport van METRO.

63. Vergelijk de analyse in hoofdstuk VI van het onderzoeksrapport van METRO.

claims, afhankelijk uiteraard van de mate waarin deze uitbreiding zich zal voordoen, ernstige gevolgen zal hebben voor de verzekerbaarheid van de bedrijfsmatige aansprakelijkheid van de werkgever jegens zijn werknemer en uiteindelijk ook voor de economische positie van de werkgever en zijn kansen om te overleven. Het verdient aanbeveling dat deze mogelijke consequenties van de uitbreiding van de aansprakelijkheid van de werkgever goed worden onderzocht en dat de wenselijkheid van de aansprakelijkheidsuitbreiding tegen deze achtergrond nog eens nader wordt bekeken.

§ 3.3 Aansprakelijkheid voor beroepsfouten

3.3.1 Algemeen

De aansprakelijkheid voor beroepsfouten staat de laatste jaren sterk in de belangstelling. Dit is een van de terreinen waar sprake is van een duidelijke toename in het aantal en ook in de omvang van de claims. Het is dan ook zinvol om na te gaan of deze toename van de claims samengaat met en dus wellicht zijn oorzaak vindt in een uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid of dat de toename verklaard moet worden door andere, niet direct juridische, factoren. Om de mogelijke invloed van de in dit preadvies centraal staande toetsingsfactoren niet uit het oog te verliezen, wordt hierna allereerst onderzocht welk beeld een toetsing aan deze factoren binnen de onderhavige categorie te zien geeft. Vervolgens wordt besproken welke lijnen op het punt van de vestiging en de omvang van de beroepsaansprakelijkheid in de jurisprudentie te ontwaren zijn en in hoeverre deze sporen met hetgeen op basis van de toetsingsfactoren mocht worden verwacht. Bij dat alles wordt niet of nauwelijks onderscheiden naar de verschillende personen die in theorie een vordering tegen een falende beroepsbeoefenaar kunnen instellen. Omdat de vraag welke personen naar aanleiding van een beroepsfout een schadevordering hebben wel van belang is voor de omvang van de beroepsaansprakelijkheid, wordt daaraan in par. 3.3.8 afzonderlijk aandacht besteed. Tot slot wordt in par. 3.3.9 nagegaan of er een tendens is in de richting van een strengere toe-

passing van de aansprakelijkheidscriteria en/of van een uitbreiding van de kring der vorderingsgerechtigden.⁶⁴

Voorafgaande aan dit alles is het goed om de aansprakelijkheids-categorie nader af te bakenen.

Bij beroepsfouten wordt in het algemeen gedoeld op fouten gemaakt in de uitoefening van de zogenaamde vrije beroepen. Daarbij denkt men van oudsher met name aan beroepen als die van advocaat, arts en notaris. Inmiddels is de aansprakelijkheids-categorie daartoe echter niet meer beperkt. Ook beroepen als accountant, belastingadviseur, architect, deurwaarder etc., kortom alle beroepen waarin sprake is van enige intellectuele dienstverlening, zijn binnen deze aansprakelijkheids-categorie getrokken. Hierna zal ik me met name richten op de hiervoor genoemde 'oude' vrije beroepen, omdat daarover de meeste jurisprudentie en literatuur beschikbaar zijn. Daarbij zal ook de accountant aan de orde komen, omdat juist daar een sterke uitbreiding in het aantal en met name ook de omvang van de claims kan worden gesignaleerd.

De grondslag van de aansprakelijkheid voor een beroepsfout jegens de cliënt of patiënt is vaak primair gelegen in de tussen de beroepsbeoefenaar en de cliënt of patiënt bestaande, op een overeenkomst van opdracht⁶⁵ gebaseerde, contractuele relatie. Aangenomen wordt echter wel dat een beroepsfout, ook wanneer er een contractuele verhouding in het geding is, tevens een onrechtmatige daad oplevert.⁶⁶ Wellicht is dat mede de reden

64. Diverse kwesties die in de 'beroepsaansprakelijkheidsliteratuur' worden besproken, maar die niet direct relevant zijn voor het onderwerp van dit preadvies, blijven buiten beschouwing. Daarbij denk ik bijvoorbeeld aan de invloed van de (inmiddels weer ingetrokken) ontwerp EG-richtlijn gebrekkige diensten, de relatie tussen de civielrechtelijke aansprakelijkheid en het tuchtrecht, de vraag wie er naast de beroepsbeoefenaar, die de fout heeft gemaakt, eventueel nog aansprakelijk kunnen worden gesteld en de mogelijkheden om de aansprakelijkheid te beperken in de meest ruime zin van het woord.

65. Zie Boek 7, titel 7, art. 400 e.v. BW. Vergelijk over de juridische verhouding tussen advocaat en cliënt S. Boekman, *Jonge Balie Congresbundel* 1983, blz. 1 e.v. Opmerking verdient dat de overeenkomst tussen arts en patiënt, de geneeskundige behandelingsovereenkomst, inmiddels afzonderlijk is geregeld in 7:446 e.v. BW.

66. Zie I.P. Michiels van Kessenich-Hoogendam, *Beroepsfouten*, 3e druk blz. 15. Vergelijk voor een overzicht van de verschillende opvattingen die op dit punt op het terrein van de medische aansprakelijkheid worden verdedigd →

van de onduidelijkheid die in de praktijk pleegt te bestaan over de grondslag van een schadevordering van een cliënt of patiënt tegen een beroepsbeoefenaar. Veelal wordt slechts gesteld dat er sprake is geweest van onzorgvuldig handelen van de kant van de betrokken beroepsbeoefenaar, zonder dat nader wordt aangegeven of daarmee wordt gedoeld op wanprestatie, op onrechtmatige daad of op beide rechtsfiguren. Slechts wanneer een niet-contractspartij tegen de beroepsbeoefenaar ageert, kan over de vereiste grondslag van de vordering weinig misverstand bestaan. Alleen de onrechtmatige daad komt dan immers in aanmerking.⁶⁷ Omdat de aansprakelijkheidsgrondslagen binnen de onderhavige categorie blijken het voorgaande zo sterk door elkaar lopen en bovendien aan dezelfde deelregels plegen te worden getoetst, wordt hierna bij de bespreking van de maatstaf voor aansprakelijkheid niet of nauwelijks onderscheid gemaakt tussen op wanprestatie en op onrechtmatige daad gebaseerde aansprakelijkheden.

3.3.2 De invloed van de toetsingsfactoren

De in dit preadvies centraal staande toetsingsfactoren wijzen binnen de onderhavige aansprakelijkheids categorie noch bij de vaststelling van de aansprakelijkheid noch bij de bepaling van de omvang ervan in een eenduidige richting. Vermelding verdient allereerst de *aard van de aansprakelijkheid* (in de zin van aard van de verweten gedraging), in samenhang met de *persoon van de laedens* en de *persoon van de gelaedeerde*. In het merendeel van de gevallen zal degene die ten gevolge van een beroepsfout wordt gedupeerd de patiënt of cliënt zelf zijn. Van belang is daarbij dat de cliënt of patiënt ten opzichte van de beroepsbeoefenaar vaak in een min of meer afhankelijke positie verkeert. De beroepsbe-

→ R.L.M. Wijshoff-Vogelzang, Arts-patiënt; enige juridische aspecten van hun relatie, 1985, hoofdstuk 14.

67. In haar uitspraak van 5 juli 1995, NJ Kort 1995, 35, baseert de Rechtbank Amsterdam haar toewijzing van de vordering van de ouders van een door een medische fout gelaedeerde baby op wanprestatie van de artsen in de met de ouders gesloten geneeskundige behandelingsovereenkomst. Deze grondslag lijkt mij echter niet houdbaar nu de ouders slechts als wettelijk vertegenwoordigers van hun kind voor deze een geneeskundige behandelingsovereenkomst aangaan. De ouders worden daarbij zelf geen partij.

oefenaar wordt geacht deskundig te zijn op het terrein waarop de cliënt of patiënt zijn hulp inroept en is ook juist op die grond door de cliënt of patiënt ingeschakeld. De beroepsbeoefenaar moet de cliënt/patiënt de vereiste hulp en bijstand verlenen en zal in de onderlinge relatie dan ook in beginsel een zeker overwicht hebben. Dat pleit ervoor de patiënt of cliënt zo veel mogelijk te beschermen wanneer de beroepsbeoefenaar verwijtbaar tekortschiet in de van hem te verwachten deskundigheid.

De *persoon van de benadeelde* verdient bij dit alles in zoverre nog afzonderlijk aandacht, dat het voor de hand ligt om bij de beslissing over de (omvang van de) aansprakelijkheid rekening te houden met de relatieve deskundigheid van de cliënt of patiënt zelf. Wanneer de cliënt of patiënt een absolute leek is op het terrein waarop de beroepsfout is gemaakt, verdient hij een verdergaande bescherming tegen fouten van de beroepsbeoefenaar dan wanneer van hem een bepaalde kennis op dat terrein mag worden verwacht.⁶⁸ Daarbij behoort naar mijn mening niet aan iedere algemene kennis van de benadeelde op het gebied waarop de beroepsfout is begaan invloed te worden toegekend op de vestiging of de omvang van de aansprakelijkheid. Wanneer de benadeelde echter beschikt over een specifieke deskundigheid op het desbetreffende terrein, heeft hij minder reden voor een blindelings vertrouwen in de onfeilbaarheid van de beroepsbeoefenaar. De afhankelijkheidsrelatie tussen cliënt of patiënt ontbreekt dan en dat pleit voor terughoudendheid bij de vestiging en/of de bepaling van de omvang van de aansprakelijkheid. Het ontbreken van de afhankelijkheidsrelatie vanwege de relatieve deskundigheid van degene die de hulp van de beroepsbeoefenaar nodig heeft, zal zich met name voordoen als de cliënt een groot bedrijf is. Grote bedrijven hebben vaak een zodanige know-how in huis dat zij minder afhankelijk zijn van de deskundigheid van de beroepsbeoefenaar. Zij onderhouden daardoor een duidelijk andere relatie met de ingeschakelde beroepsbeoefenaar dan cliënten uit de particuliere sector of uit het midden- en kleinbedrijf. Wanneer jegens grote bedrijven een beroepsfout wordt gemaakt, kan aan de aard van de aansprakelijk-

68. Zie voor een geval waarin de omstandigheid dat de benadeelde een leek was op juridisch terrein van invloed werd geacht op de aansprakelijkheid van de notaris HR 20 januari 1989, NJ 1989, 766 (EaAL).

heid, in samenhang met de aard van de betrokken partijen dan ook geen argument worden ontleend voor zo veel mogelijk bescherming van het bedrijf en daarmee voor een snelle vestiging en een ruime omvang van de aansprakelijkheid. Omdat juist van de kant van de grote bedrijven de mega-claims, en daarmee de bron van problemen, op het onderhavige terrein te verwachten zijn, is deze constatering niet zonder belang.

Opmerking verdient voorts dat de afhankelijkheidsrelatie evenmin een rol speelt wanneer niet de cliënt of patiënt, maar een derde ten gevolge van het foutieve handelen of nalaten van de beroepsbeoefenaar schade lijdt. De derde heeft niet zelf de hulp en deskundigheid van de beroepsbeoefenaar ingeroepen en komt derhalve niet in aanmerking voor de daarop gestoelde ruime bescherming. Tegen deze achtergrond is er reden voor terughoudendheid wanneer het gaat om een mogelijke aansprakelijkheid van een beroepsbeoefenaar jegens anderen dan cliënten of patiënten. Daarbij moet wel worden bedacht dat een zorgplicht van een beroepsbeoefenaar jegens derden eerder zal mogen worden aangenomen naarmate de beroepsbeoefenaar een meer publieke functie heeft. Zo zal de zorgplicht van een notaris zich, in verband met het vertrouwen dat ook anderen dan zijn cliënten in zijn werkzaamheden zullen en ook moeten kunnen hebben, alsmede in verband met de gevolgen die zijn werkzaamheden vaak ook voor derden zullen hebben, gemakkelijker uitbreiden tot niet-clieñten dan bij vele andere beroepsbeoefenaren het geval is.

Een tweede toetsingsfactor die binnen deze aansprakelijkheids-categorie van belang kan zijn, is de *voorzienbaarheid* van schade. Het spreekt voor zich dat beroepsbeoefenaren gehouden zijn voorzienbare schade voor hun cliënten of patiënten te vermijden. Doen zij dat niet door bijvoorbeeld vermijdbare risico's te nemen, dan kan dat een reden zijn om snel en ruim aansprakelijkheid aan te nemen. Hierbij verdient aantekening dat de voorzienbaarheid in dit verband slechts betrekking heeft op schade in het algemeen. Van belang voor de aansprakelijkheid is dat de beroepsbeoefenaar kon en behoorde te voorzien dat zijn handelen of nalaten voor de cliënt of patiënt een groot risico van schade in zich droeg. Niet vereist is naar mijn mening dat hij ook heeft voorzien welke schade, op welke wijze en in welke mate zou intreden.

Een volgende toetsingsfactor die van belang zou kunnen zijn, is de *aard van de overtreden norm*. Bekend is dat in de jurisprudentie een onderscheid wordt gemaakt tussen de overtreding van verkeers- en veiligheidsnormen, waarbij ruime toerekening gerechtvaardigd wordt geacht, en de overtreding van zorgvuldigheidsnormen, waarbij een nauwer verband tussen het schadegebeuren en de schade wordt geëist om toerekening gerechtvaardigd te doen zijn.⁶⁹ Tegen deze achtergrond dient te worden bekeken welk type norm in geval van een beroepsaansprakelijkheid is overtreden. Buiten het terrein van de medische aansprakelijkheid zal de grondslag van de beroepsaansprakelijkheid in het algemeen gelegen zijn in het niet-naleven van de voor de betrokken beroepsbeoefenaar geldende zorgvuldigheidsnormen. Het handelen van bijvoorbeeld een advocaat, notaris, of accountant heeft normaal gesproken immers weinig van doen met de veiligheid van de betrokken cliënt. De aard van de overtreden norm pleit dan dus niet voor een ruime aansprakelijkheid.

Binnen de medische wereld ligt dat echter anders. Weliswaar hebben veiligheidsnormen blijkens de jurisprudentie in de regel de strekking om verkeers- of arbeidsongevallen te voorkomen, maar dat sluit een ruimer toepassingsbereik van dat type normen niet uit. Essentieel is dat veiligheidsnormen vooral bedoeld zijn om letsel te voorkomen. En juist op het gebied van het medisch handelen is het gevaar voor letsel levensgroot aanwezig. Hoewel zeker een belangrijk deel van de normen waarvan de overtreding leidt tot medische beroepsaansprakelijkheid het karakter van een zorgvuldigheidsnorm zal hebben, betreft het hier bij uitstek een terrein waar ook veiligheidsnormen in het geding kunnen zijn. Het zal dan moeten gaan om normen die besloten liggen in voorgeschreven, althans algemeen aanvaarde, medische handelwijzen en die duidelijk zijn gericht op het voorkomen van letsel of van verdere gezondheidsschade van de patiënt. Wanneer een medische beroepsbeoefenaar dergelijke medische veiligheidsnormen⁷⁰ niet naleeft, is er veel voor te zeggen dat in

69. Vergelijk met name HR 2 november 1979, NJ 1980, 77 (CJS), Vader Versluis. Dit arrest komt hierna in par. 3.3.7.1 nog nader aan de orde.

70. Zie over dit begrip medische veiligheidsnorm ook W.D.H. Asser, TVG 1991, blz. 75.

beginsel verwijtbaar te achten. Dat pleit ervoor de patiënt zo veel mogelijk te beschermen en derhalve snel en ruim aansprakelijkheid van de beroepsbeoefenaar voor de door zijn nalaten veroorzaakte schade aan te nemen.

De vierde toetsingsfactor die binnen deze categorie bespreking verdient, is de *aard van de schade*. Ook deze factor laat een wisselend beeld zien. Beroepsfouten van advocaten, notarissen en accountants zullen in de regel leiden tot vermogensschade. De aard van de schade is daar dan ook geen reden voor een snelle vestiging en een ruime omvang van de aansprakelijkheid. Een beroepsfout van een arts zal echter in veel gevallen letsel- of overlijdensschade veroorzaken. Het ligt voor de hand dat daarin een reden zal worden gevonden om gemakkelijker tot een ruime aansprakelijkheid te besluiten.

Dan resteert nog als laatste toetsingsfactor de *mogelijkheid om de schade te verzekeren*. Sedert de zestiger jaren is een verzekering tegen beroepsaansprakelijkheid in ons land steeds gebruikelijker geworden. Binnen bepaalde beroepsgroepen zijn aansprakelijkheidsverzekeringen inmiddels zelfs verplicht gesteld.⁷¹ Wel moet daarbij worden bedacht dat verzekeraars, zeker nu het aantal en de omvang van de claims op het terrein van de beroepsaansprakelijkheid zo sterk is toegenomen, er vaak toe overgaan de verzekerde bedragen te maximeren. Dit betekent dat, wanneer een beroepsfout een zeer hoge schade veroorzaakt, veelal een deel van de schade niet onder de dekking van de beroepsaansprakelijkheidsverzekering zal vallen. 'Normale' schades worden echter geheel vergoed door de verzekeraar en hebben in beginsel geen directe financiële gevolgen voor de beroepsbeoefenaar zelf.

Voor de benadeelde van een beroepsfout is het veel moeilijker om zijn schade bij een verzekeraar onder te brengen. Het slachtoffer van een medische fout heeft in dat opzicht nog de minste problemen, zij het dat hij bij de ziektekosten- en arbeidsongeschiktheidsverzekeringen, waarbij hij zijn heil moet zoeken, te

71. Zo moeten advocaten hun aansprakelijkheid ingevolge art. 3 van de Verordening op de beroepsaansprakelijkheid verzekeren tot minimaal f 1 miljoen per gebeurtenis en f 2 miljoen per jaar. Notarissen worden door de Koninklijke Notariële Broederschap (KNB) verplicht om hun aansprakelijkheid voor f 1 miljoen per gebeurtenis te verzekeren. Daarnaast heeft de KNB voor zijn leden nog een collectieve verzekering gesloten tot f 10 miljoen per gebeurtenis.

maken zal krijgen met een eigen risico en met het probleem dat slechts een bepaald deel van zijn schade gedekt is. Degenen die door fouten van beroepsbeoefenaren buiten de medische sector benadeeld worden, zullen meestal niet beschikken over een verzekering waarop zij hun schade kunnen verhalen. Welke verzekering verleent immers – afgezien natuurlijk van de aansprakelijkheidsverzekering van de beroepsbeoefenaar in kwestie – dekking tegen de schade die ontstaat ten gevolge van een fout van bijvoorbeeld een notaris, accountant of advocaat?

Al met al zijn er voor de beroepsbeoefenaar betere mogelijkheden dan voor de benadeelde om de onderhavige schade te verzekeren. Dat betekent dat de verzekerbaarheid van de schade als toetsingsfactor niet in de weg staat aan een ruime aansprakelijkheid van de beroepsbeoefenaar voor de door hem gemaakte fouten.

Het voorgaande overziende, is er slecht één toetsingsfactor die in het algemeen wijst in de richting van een ruime aansprakelijkheid van de beroepsbeoefenaar voor beroepsfouten. Dat is de mogelijkheid om de schade te verzekeren. Daarnaast is er een toetsingsfactor, te weten de aard van de aansprakelijkheid in samenhang met de persoon van de betrokken partijen, die in bepaalde gevallen eveneens pleit voor een ruime aansprakelijkheid. De andere toetsingsfactoren geven een uitkomst die varieert met de omstandigheden van het geval. Zo is de vraag naar de voorzienbaarheid van de schade geheel afhankelijk van de specifieke omstandigheden die zich in het concrete geval voordoen en kunnen ook de invloed van de aard van de schade en de aard van de overtreden norm per geval verschillen.

Wat betreft deze laatste twee toetsingsfactoren – de aard van de schade en de aard van de overtreden norm – is er aanleiding voor een onderscheid tussen de medische beroepsaansprakelijkheid en de beroepsaansprakelijkheid op de overige terreinen. De medische aansprakelijkheid kan, zo bleek hiervoor, immers haar grondslag vinden in de overtreding van een veiligheidsnorm en is bovendien regelmatig de oorzaak van lichamelijk letsel. Bij de overige beroepsaansprakelijkheden zal in de regel 'slechts' sprake zijn van overtreding van een zorgvuldigheidsnorm en vloeit daaruit bovendien alleen vermogensschade voort. Dat betekent dat de aard van de overtreden norm en de

aard van de schade slechts bij de medische aansprakelijkheid, en derhalve niet bij de overige beroepsaansprakelijkheden, een reden kunnen vormen om snel aansprakelijkheid aan te nemen en de ontstane schade ruim toe te rekenen.

De conclusie moet zijn dat er op basis van de werking van de toetsingsfactoren geen reden is om aan te nemen dat bij beroepsfouten in het algemeen snel en ruim aansprakelijkheid moet worden aangenomen. Weliswaar rechtvaardigt de aard van de relatie tussen de beroepsbeoefenaar en zijn cliënt of patiënt een bescherming van de laatste tegen handelen of nalaten dat niet beantwoordt aan de eisen die aan een redelijk handelend vakgenoot kunnen worden gesteld en vormt ook de verzekeraarbaarheid van de beroepsaansprakelijkheid daarvoor geen obstakel. Maar daar staat tegenover dat het aansprakelijkheidsoordeel, voor zover het gaat om de overige toetsingsfactoren, voor een belangrijk deel zal worden bepaald door de omstandigheden van het geval. Daarbij is er wel aanleiding te veronderstellen dat op het gebied van de medische aansprakelijkheid, wanneer er tenminste sprake is van een overtreding van een medische veiligheidsnorm en/of van door de fout ontstane letselschade, gemakkelijker een ruime aansprakelijkheid zal worden aangenomen dan daarbuiten.

Het wordt tijd om na te gaan of deze verwachting klopt met het beeld dat de jurisprudentie te zien geeft.

3.3.3 De maatstaf voor de aansprakelijkheid

Uitgangspunt is dat de aansprakelijkheid voor beroepsfouten dient te worden beoordeeld aan de hand van de regels van het algemene aansprakelijkheidsrecht. Voor beroepsfouten geldt geen speciaal regime dat strengere of juist minder strenge aansprakelijkheidscriteria kent.⁷²

Bij de beoordeling van de vraag naar de aansprakelijkheid van de beroepsbeoefenaar jegens zijn cliënt of patiënt is van belang wat het karakter is van de op de beroepsbeoefenaar rustende verplichtingen. Alle verplichtingen zijn in beginsel gericht op het bereiken van een bepaald resultaat. Wanneer dat resultaat

72. Vergelijk op dat punt onder meer C.J.H. Brunner, AA 1995, blz. 934, 935 en 941.

niet wordt bereikt, leidt dat echter niet altijd tot aansprakelijkheid van de betrokken beroepsbeoefenaar. Dat is slechts het geval wanneer het beoogde resultaat bij een normale inzet van de beroepsbeoefenaar redelijkerwijs niet uit kon blijven en de verplichting derhalve als een zogenaamde resultaatsverbintenis kan worden gekarakteriseerd. Zo mag normaal gesproken van een chirurg worden verwacht dat hij het goede been amputeert en behoort een advocaat ervoor in te staan dat hij de geldende termijnen in acht neemt. Wanneer de beroepsbeoefenaar in de nakoming van dergelijke verplichtingen tekortschiet, leidt dat tot aansprakelijkheid, tenzij hij kan aantonen dat de tekortkoming hem niet kan worden toegerekend.

In veel gevallen is het echter vooraf in het geheel niet zeker dat het beoogde resultaat van het handelen van de beroepsbeoefenaar daadwerkelijk zal worden bereikt. De beroepsbeoefenaar mag dan ook niet worden geacht zich te hebben verplicht dat resultaat voor zijn patiënt of cliënt te behalen. Hij is slechts gehouden om zich daartoe de nodige inspanning te getroosten. Zo verbindt een advocaat zich niet om voor zijn cliënt een gerechtelijke procedure te winnen, maar hij moet zich daarvoor wel naar behoren inzetten. Het al dan niet bereiken van het (door de patiënt/cliënt) gewenste resultaat is in deze gevallen geen geschikte maatstaf voor de beantwoording van de aansprakelijkheidsvraag. Datzelfde geldt vanzelfsprekend wanneer het al dan niet aansprakelijk zijn van de beroepsbeoefenaar jegens anderen dan cliënten of patiënten moet worden beoordeeld. Met deze anderen heeft de beroepsbeoefenaar geen contractuele relatie. Het onderscheid tussen resultaats- en inspanningsverbintenissen is dan derhalve ook niet aan de orde en kan geen hulpmiddel vormen bij de beoordeling van de aansprakelijkheidskwestie. Er is een ander toetsingscriterium nodig.

Dat criterium moet blijkens de jurisprudentie worden gezocht in de zorgvuldigheid die onder de omstandigheden van het concrete geval van een redelijk bekwaam en redelijk handelend beroepsgenoot mag worden verwacht.⁷³ Deze aansprakelijkheidsmaatstaf kent twee elementen. Enerzijds het vereiste van de algemene bekwaamheid, in die zin dat de beroepsbeoefenaar

73. Zie bijvoorbeeld HR 9 november 1990, NJ 1991, 26; HR 26 april 1991, NJ 1991, 455.

moet beschikken over de vakkennis en deskundigheid van een vergelijkbaar vakgenoot. Anderzijds de zorg die in dit geval van de beroepsbeoefenaar mag worden verwacht.⁷⁴ Het criterium legt de rechter bij de beoordeling van de aansprakelijkheidskwestie niet de beperking op van een marginale toetsing. De rechter dient het handelen of nalaten van de betrokkene daadwerkelijk inhoudelijk te beoordelen.⁷⁵

In het centrale aansprakelijkheids criterium klinkt in wezen de eerste in par. 3.3.2 behandelde toetsingsfactor, te weten de aard van de aansprakelijkheid in combinatie met de aard van de betrokken partijen, door. Juist omdat de cliënt/patiënt zijn belangen of zelfs zijn gezondheid aan de beroepsbeoefenaar heeft toevertrouwd, in de verwachting dat deze voldoende deskundig worden behandeld, dient te worden geëist dat de beroepsbeoefenaar de zorgvuldigheid in acht neemt van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot. Dat is immers waarop de cliënt/patiënt, in de afhankelijke positie die hij ten opzichte van de beroepsbeoefenaar inneemt, mag vertrouwen. Wanneer dat vertrouwen wordt beschaamd doordat de beroepsbeoefenaar niet handelt zoals een redelijk handelend vakgenoot in zijn plaats zou hebben gedaan, behoort dat tot aansprakelijkheid van de beroepsbeoefenaar te leiden.

Met name bij de beroepsaansprakelijkheid van de notaris heeft de aard van de aansprakelijkheid en de verhouding tussen partijen in de jurisprudentie reeds verschillende keren een rol gespeeld. Zo is door de Hoge Raad regelmatig gewezen op de bijzondere functie die de notaris in het rechtsverkeer speelt en de verplichtingen die daaruit voor hem jegens belanghebbenden voortvloeien. Daarbij is kennelijk van belang dat partijen met de inschakeling van een notaris in de regel een bepaalde zekerheid beogen. Juist deze beoogde zekerheid wordt in geval van een beroepsfout meestal aangetast, hetgeen vanzelfsprekend niet in overeenstemming is met de eisen die aan een zorgvuldige beroepsuitoefening worden gesteld.⁷⁶

74. Vergelijk ook art. 7:401 BW, waarin wordt gesproken over de zorg van een goed opdrachtnemer.

75. Zie uitdrukkelijk HR 9 november 1990, NJ 1991, 26.

76. Zie bijvoorbeeld HR 20 januari 1989, NJ 1989, 766 (EAAL); HR 28 september 1990, NJ 1991, 473; HR 7 december 1990, NJ 1991, 474 (EAAL). Vergelijk voorts de conclusie van A-G Vranken voor HR 31 december 1993, NJ 1994, 275.

Behalve over de eerste in par. 3.3.2 besproken toetsingsfactor zegt het aansprakelijkheids criterium ook iets over de aard van de in geval van een beroepsfout overtreden norm. De formulering van het criterium bevestigt het beeld, dat het in de regel zal gaan om de overtreding van een zorgvuldigheidsnorm.

Het gehanteerde aansprakelijkheids criterium is naar zijn aard betrekkelijk vaag. Welke is de norm waaraan een redelijk bewaam en redelijk handelend vakgenoot in de gegeven omstandigheden had behoren te voldoen? Dat zal voor een belangrijk deel worden bepaald door de beroepsgroep zelf. De inhoud van de norm kan immers slechts worden vastgesteld door de zaak voor te leggen aan een of meerdere vakgenoten van de beroepsbeoefenaar in kwestie. Daarbij moet men erop bedacht zijn dat het – met name in de medische wereld – kan voorkomen dat over de in het desbetreffende geval te volgen beleidslijn of toe te passen techniek binnen de beroepsgroep geen eenstemmigheid bestaat. De aansprakelijkheid mag dan vanzelfsprekend niet alleen worden bepaald door het al dan niet op één lijn zitten van de betrokken beroepsgenoot en de vakgenoot wiens oordeel wordt gevraagd om de norm te kunnen vaststellen. In gevallen als deze moet naar mijn mening worden nagegaan of de gekozen handelwijze behoort tot de technieken/beleidslijnen die op het desbetreffende terrein door een substantieel deel van de beroepsgroep worden gehanteerd. Als de handelwijze in die zin wetenschappelijk verantwoord is en derhalve door een redelijk bewaam en redelijk handelend vakgenoot gevolgd had kunnen zijn, is er geen sprake van een beroepsfout. De toetsing van de beroepsaansprakelijkheid krijgt hiermee in geval van tegenstrijdige opvattingen binnen de beroepsgroep noodgedwongen een wat meer marginaal karakter.⁷⁷

De beslissing over de aansprakelijkheid zal voor het overige in hoge mate afhangen van de wijze waarop de feitenrechter het algemene criterium toepast. Daarbij komt het vooral ook aan op de waardering van de omstandigheden van het concrete geval.⁷⁸

77. Vergelijk ook OD (oud) VIII (Michiels Van Kessenich-Hoogendam), nr. 50.

78. De beslissing zal dan ook naar haar aard regelmatig voor betwisting vatbaar zijn. Zie de conclusie van A-G Hartkamp voor HR 9 november 1990, NJ 1991, 26 (blz. 99 l.k.) waaruit blijkt dat het er cassatietechnisch op aan komt of het Hof op basis van zorgvuldig onderzoek voldoende gemotiveerd en →

Inmiddels heeft het algemene criterium bij bepaalde typen van tekortkomingen van beroepsbeoefenaren in de jurisprudentie wel enige nadere invulling gekregen. Het kan geen kwaad daarop de blik te richten.

3.3.4 Enige invullingen van het centrale criterium

3.3.4.1 Informatieplicht

Een belangrijke regel die per beroepsgroep nader is en kan worden uitgewerkt, is dat de beroepsbeoefenaar een informatieplicht heeft en wel naar twee kanten. Aan de ene kant is hij gehouden zo veel informatie te verwerven dat hij het hem voorgelegde geval op de juiste wijze kan beoordelen en behandelen. De benodigde informatie kan de beroepsbeoefenaar in de eerste plaats verwerven via zijn cliënt of patiënt. Daartoe zal hij zich onder meer door goed door te vragen de nodige inspanning moeten getroosten. In de tweede plaats heeft de beroepsbeoefenaar in het kader van een juiste behandeling een algemene onderzoeksplicht. Zo dient de notaris die een akte opmaakt met betrekking tot een registergoed een onderzoek in te stellen naar de rechtstoestand van dit goed. Meer in het algemeen rust op de notaris een zwaarwegende zorgplicht ter zake van hetgeen nodig is voor het intreden van de rechtsgevolgen die zijn beoogd met een rechtshandeling die is opgenomen in een door hem verleenden akte.⁷⁹ De omvang van de zorgplicht van de notaris op dat punt wordt overigens mede bepaald door de wetenschap en de deskundigheid van de belanghebbende zelf. Wanneer de notaris mocht aannemen dat de belanghebbende zelf reeds op de hoogte was van of voldoende inzicht had in de rechtsgevolgen die met de in de akte opgenomen rechtshandeling werden beoogd, kan hij in beginsel niet aansprakelijk worden gehouden voor het uitblijven van de bedoelde rechtsgevolgen. Er is dan immers geen sprake van onrechtmatig handelen c.q. van wanprestatie van de

→begrijpelijk uiteenzet waarom het al dan niet tot aansprakelijkheid komt, maar dat dit niet wegneemt dat een andere beslissing ook begrijpelijk zou zijn geweest. 79. Zie HR 28 september 1990, NJ 1991, 473. Onderdeel van deze zorgplicht kan zijn dat de notaris gehouden is om zich voldoende te vergewissen van de identiteit van de voor hem verschijnende partijen. Zie Hof 's-Gravenhage 18 maart 1982, NJ 1983, 273.

kant van de notaris.⁸⁰ Hier komt de invloed van de *persoon van de benadeelde* op de aansprakelijkheid weer om de hoek kijken. Een ander voorbeeld van de hier bedoelde onderzoeksplicht is de gehoudenheid van de arts om zijn patiënt deugdelijk en voldoende te onderzoeken voordat hij de diagnose stelt. Daarbij kan hij zich overigens beperken tot het onderzoek dat een zorgvuldige behandeling van deze patiënt vergt. Van de arts kan niet worden verlangd dat hij ter beperking van het risico van een verkeerde diagnose alle denkbare onderzoeken doet of laat doen.⁸¹

De *andere kant* van de op de beroepsbeoefenaar rustende informatieplicht is dat hij de cliënt/patiënt voldoende dient te informeren. Deze informatieverschaffing moet zijn afgestemd op de bijzonderheden van het geval en op de persoon van de cliënt/patiënt. De beroepsbeoefenaar moet zijn cliënt/patiënt allereerst zodanige informatie verschaffen dat deze de pro's en contra's van de voorgestelde (be)handelwijze voldoende kan afwegen en derhalve geacht mag worden daarmee weloverwogen te hebben ingestemd. Hetgeen in dat opzicht van de beroepsbeoefenaar wordt verwacht, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Daartoe behoort ook de mate van (on)deskundigheid op het desbetreffende terrein van de cliënt of patiënt zelf. Zo is aan de Hoge Raad de vraag voorgelegd welke informatieplicht op de notaris rust bij het verlijden van een notariële akte ter omzetting van de tussen partijen bestaande huwelijkse voorwaarden in een algehele gemeenschap van goederen.⁸² De achtergrond van de omzetting van het huwelijksgoederenregime was in dat geval gelegen in de financiële moeilijkheden van de man, die overigens zelf ook notaris was. De vrouw was niet op de hoogte van deze reden van de omzetting. De notaris die de (door de man zelf opgestelde) akte verleed, was dat wel maar besteedde daaraan bij het verlijden van de akte geen aandacht. Hij volstond met het geven van een zakelijke toelichting op de akte aan de echtgenoten, in die zin dat hij slechts de puur juridische betekenis ervan aangaf. Toen later bij een scheiding van tafel en bed tussen de

80. HR 27 maart 1992, NJ 1993, 188 (EAAL).

81. Zie in deze zin uitdrukkelijk C.J.H. Brunner in zijn noot onder IIR 12 april 1985, NJ 1986, 809.

82. HR 20 januari 1989, NJ 1989, 766 (EAAL).

echtgenoten bleek dat de man nagenoeg het gehele vermogen van de vrouw had gebruikt om zijn schulden te betalen, sprak de vrouw de notaris aan wegens de vermeende schending van zijn informatieplicht jegens haar.

Uit de uitspraak van de Hoge Raad blijkt dat de informatieplicht van een notaris bij het verlijden van een akte in beginsel beperkt is tot het geven van de bewuste zakelijke (juridische) toelichting op de inhoud van de akte. De omstandigheden kunnen echter meebrengen dat hij meer informatie aan partijen moet verstrekken, zich ervan moet vergewissen dat beide partijen begrijpen welke consequenties de in de akte neergelegde rechtshandeling voor hen zal hebben en eventueel partijen uitdrukkelijk moet wijzen op de risico's die voor hen aan de in de akte neergelegde rechtshandeling verbonden zijn. Daarmee wordt van de notaris gevraagd om zich terdege af te vragen wat de specifieke omstandigheden van het geval precies van hem vergen. De omvang van zijn informatieplicht zal met name variëren met zijn wetenschap omtrent de achtergronden van de door partijen voorgenomen rechtshandeling en met de mate waarin partijen zelf over juridisch relevante kennis beschikken. Zoals uit het onderhavige arrest blijkt, is er vooral wanneer de juridische deskundigheid van partijen sterk uiteenloopt, meer reden voor de notaris om de zwakkere partij beter te informeren en op die wijze extra bescherming te verlenen.

Onderdeel van de onderhavige informatieplicht is dat de beroepsbeoefenaar aan zijn cliënt of patiënt voldoende duidelijkheid verschaft over de kansen die er zijn om het beoogde resultaat te bereiken. Daarbij behoeft overigens niet iedere geringe kans op mislukking uitdrukkelijk onder ogen te worden gezien. Ook hier kan de persoon van de betrokken cliënt/patiënt, in de zin van de bij hem aanwezig te veronderstellen kennis, weer een rol spelen. Zo is wel aangenomen dat een normaal ontwikkelde patiënt bij een voorgenomen sterilisatie geacht mag worden op de hoogte te zijn van de kans op mislukking van de ingreep.⁸³

83. Vergelijk bijvoorbeeld Rb Leeuwarden 1 maart 1984, NJ 1986, 334; Rb 's-Gravenhage 21 september 1994, NJ 1995, 296. Het betreft hier overigens geen algemeen aanvaarde leer. Er zijn ook uitspraken waarin van de behandelend gynaecoloog wel degelijk wordt geëist dat hij zijn patiënte informeert over de risico's van mislukking van de sterilisatie. Zie bijvoorbeeld Rb Arnhem 4 juni 1992, NJ 1992, 614; Rb Arnhem 19 januari 1995, TVG 1995, 53.

Tot de informatieplicht van de beroepsbeoefenaar behoort voorts het geven van inzicht aan de cliënt of patiënt in de risico's van (schadelijke) gevolgen die aan het handelen van de beroepsbeoefenaar verbonden kunnen zijn. De arts is bijvoorbeeld gehouden om zijn patiënt uitdrukkelijk te wijzen op mogelijke complicaties van de voorgenenomen behandeling. Voorwaarde daarbij is wel dat deze complicaties met een zekere regelmaat voorkomen. Ook hier geldt dat niet iedere denkbare ongewenste uitwerking van de voorgenenomen ingreep behoeft te worden besproken.

De informatieplicht van de beroepsbeoefenaar jegens zijn cliënt/patiënt is niet beperkt tot het beginstadium van de relatie tussen beiden, maar blijft tijdens de gehele duur van de relatie bestaan. Zo is de beroepsbeoefenaar verplicht om zijn cliënt/patiënt voortdurend op de hoogte te houden van de relevante ontwikkelingen die zich voordoen. Ook moet hij zo nodig instructies geven omtrent de wijze waarop de cliënt/patiënt zich in het belang van het bereiken van het gewenste resultaat dient te gedragen. Voor een arts betekent dit bijvoorbeeld dat hij de patiënt in het kader van de vereiste nazorg moet laten weten op welke wijze mogelijke complicaties kunnen worden voorkomen. Hoe zwaar deze instructieplicht kan wegen, blijkt in het arrest *Schepers-De Bruyn*,⁸⁴ dat hierna nog nader aan de orde komt.

Wanneer de beroepsbeoefenaar de op hem rustende informatieplicht niet naleeft, leidt dat nog niet zonder meer tot aansprakelijkheid met een daaraan gekoppelde schadevergoedingsverplichting. Daartoe zal in ieder geval vast moeten staan dat ten gevolge van het tekortschieten van de beroepsbeoefenaar in zijn informatieplicht voor de patiënt of cliënt schade is ontstaan. In dat verband kan bijvoorbeeld de vraag spelen of de patiënt/cliënt bij een juiste voorlichting over de aan de gevolgde handelwijze verbonden risico's zijn toestemming daarvoor niet zou hebben gegeven, zodat de schade zou zijn uitgebleven. Gaat het om informatie over de door de patiënt/cliënt te hanteren gedragslijn, dan is de vraag of deze bij een juiste informatievervalsing anders zou hebben gehandeld dan hij in concreto heeft gedaan en daarmee de ingetreden schade had kunnen voorkomen.

84. HR 18 februari 1994, NJ 1994, 368.

Dergelijke, naar hun aard nooit met zekerheid te beantwoorden, vragen zijn tot dusver in de rechtspraak nog niet uitdrukkelijk aan de orde geweest. Omdat echter te verwachten is dat cliënten en patiënten hun vorderingen tegen beroepsbeoefenaren in de toekomst in toenemende mate (mede) zullen baseren op onvolledige informatieverstrekking, kan dit redelijkerwijs niet lang meer duren. Van belang is dan met name op wie de bewijslast met betrekking tot het al dan niet bestaan van causaal verband tussen het niet verstrekken van de vereiste informatie en de schade komt te rusten. Het ligt voor de hand om overeenkomstig de in art. 177 Rv neergelegde hoofdregel in beginsel de cliënt of patiënt te belasten met dit bewijs. Daarbij zou dan, zeker als vaststaat dat de beroepsbeoefenaar is tekortgeschoten in zijn informatieplicht, wel op de beroepsbeoefenaar de verplichting moeten rusten om ten behoeve van de bewijslevering de nodige feitelijke informatie te verstrekken. Onder omstandigheden kan de bewijslastverdeling ook verdergaand in de richting van de beroepsbeoefenaar verschuiven, maar daarvoor zijn niet of nauwelijks vaste regels te geven.⁸⁵

Een andere vraag die bij de beoordeling van de hiervoor aangeduide causaliteitskwesaties zal spelen, is vanuit welk gezichtspunt het geheel dient te worden gezien. Is beslissend hoe deze cliënt/patiënt bij een juiste, volledige informatieverstrekking zou hebben gehandeld, of moet worden gerekend met het van een redelijk handelende cliënt/patiënt te verwachten gedrag? Het laatste, objectieve gezichtspunt behoort naar mijn mening het uitgangspunt te vormen. Dat neemt echter niet weg dat zo nodig op bepaalde punten rekening kan worden gehouden met de wijze waarop deze concrete patiënt of cliënt zou hebben gehandeld als hij de vereiste informatie had gekregen.

3.3.4.2 Vakkennis

Een ander voorbeeld van een binnen het centrale criterium geldende deelregel, die eigenlijk reeds besloten ligt in het vereiste van algemene bekwaamheid, is dat de beroepsbeoefenaar ervoor dient te zorgen dat hij over de noodzakelijke vakkennis beschikt. Daarbij gelden bijvoorbeeld in de medische sector voor een specialist hogere eisen dan voor een beoefenaar van de al-

85. Vergelijk hierover W.D.H. Asser, TVG 1991, blz. 69 t/m 72.

gemene praktijk. Zo mag van een gynaecoloog eerder dan van een huisarts worden verwacht dat hij zeldzaam voorkomende complicaties bij een bevalling weet op te vangen en daartoe de vereiste kennis in huis heeft. Dat is in wezen niets anders dan een toepassing van het algemene criterium voor de beoordeling van beroepsfouten. Maatgevend is immers de bekwaamheid en het handelen van een redelijk *vakgenoot*. Wanneer de arts in kwestie beschikt over een bepaalde specialisatie, waaraan een gedegen opleiding ten grondslag ligt, moet ook de redelijk bekwame en redelijk handelende vakgenoot binnen de groep van deze specialisten worden gezocht. De 'maatman' en daarmee de vereiste zorgvuldigheid varieert op deze wijze in de medische wereld met het specialisme van de laedens.

Dit onderscheid tussen de vakbekwaamheidseisen die gelden voor een specialist en voor een generalist mag naar mijn mening niet zonder meer worden doorgetrokken naar beroepen buiten de medische sfeer. Weliswaar kan ook daar een specialisatie ertoe leiden dat sneller aansprakelijkheid wordt aangenomen,⁸⁶ maar of andersom ook het ontbreken van een specialisatie een reden vormt om minder gemakkelijk tot aansprakelijkheid te besluiten, is zeer de vraag. Stel bijvoorbeeld dat een advocaat wordt geconfronteerd met een zaak op een terrein, waarop hij niet zo goed thuis is. Het ligt dan voor de hand dat hij de zaak weigert en de cliënt verwijst naar een wel op het bewuste terrein gespecialiseerde collega of confrère. Doet hij dat niet en neemt hij de zaak in behandeling, dan wordt hij geacht de zaak – door middel van voldoende bestudering van rechtspraak en literatuur – op een goed niveau af te wikkelen. Maakt hij een fout, die door een specifiek op dat terrein deskundig vakgenoot niet zou zijn gemaakt, dan is hij voor de gevolgen daarvan in beginsel aansprakelijk. Hij kan zich niet met succes verweren door een beroep te doen op zijn gebrek aan specifieke deskundigheid.⁸⁷

De achtergrond daarvan is naar mijn mening dat de advocatuur, en hetzelfde geldt voor de meeste andere beroepsgroepen dan de medische, ondanks de zich langzamerhand ontwikkelende specialismen nog altijd wordt beschouwd als een min of meer eenvormige groep van vakgenoten. De specialismen zijn niet

86. Vergelijk OD VI.2 (Huijgen), aant. 37.

87. Vergelijk ook C.J.H. Brunner, AA 1995, blz. 935.

dermate ver ontwikkeld dat een beoefenaar van de algemene praktijk niet meer in staat moet worden geacht zaken op deze terreinen op de juiste wijze te behandelen. De redelijk bekwame en redelijk handelende vakgenoot varieert dan ook in beginsel niet met het specialisme waarom het gaat. Een advocaat wordt in het kader van de beoordeling van de beroepsaansprakelijkheid verondersteld thuis te zijn op het gehele terrein van het recht, althans voor zover dat nodig is in verband met de zaken die hij in behandeling heeft en neemt.

Van een beroepsbeoefenaar kan in ieder geval worden verlangd dat hij voldoende 'bij blijft' op zijn vakgebied. Dat betekent bijvoorbeeld, wanneer we onze aandacht nog even op de advocaat blijven richten, dat deze zijn handelen moet baseren op de stand van de rechtspraak en de literatuur van dat moment, hetgeen veronderstelt dat hij daarvan op de hoogte is. In de jurisprudentie is reeds enkele keren gebleken hoe streng de Hoge Raad vasthoudt aan deze verplichting van de advocaat. Een eerste arrest dat in dat verband vermelding verdient, dateert van 1982.⁸⁸ Het betreft een geval waarin een huurder van bedrijfsruimte zijn advocaat aansprakelijk stelt voor de schade die is ontstaan doordat hij vanwege termijnoverschrijding niet ontvankelijk is verklaard in zijn verzoek tot verlenging van de huurovereenkomst. Hoewel de Hoge Raad, anders dan de Kantonrechter en de Rechtbank, van oordeel is dat de advocaat het verzoek tot verlenging van de huurovereenkomst tijdig heeft ingediend, acht hij hem toch aansprakelijk vanwege een beroepsfout. De gedachte daarachter is dat een advocaat die een verzoekschrift op een zodanig laat tijdstip indient dat, naar hij had moeten begrijpen, de vraag naar de ontvankelijkheid van het verzoek zal rijzen, met alle risico's van dien, jegens zijn cliënt onzorgvuldig handelt. Dat is naar de mening van de Hoge Raad slechts anders, wanneer de advocaat op grond van de toenmalige rechtspraak en literatuur het vertrouwen mocht hebben dat van een zo late indiening van het verzoek geen moeilijkheden te verwachten waren. En dat laatste is hier niet het geval.⁸⁹

88. IIR 2 april 1982, NJ 1983, 367 (CJHB).

89. Dit wordt nog eens bevestigd door de twijfels die C.J.H. Brunner blijkens zijn noot onder het arrest (NJ 1983, 367) heeft over de juistheid van de →

Een soortgelijke uitspraak doet de Hoge Raad in 1991 in een geval waarin een verzoek ex art. 89 Sv niet-ontvankelijk wordt verklaard, omdat de advocaat het als gemachtigde van zijn cliënt heeft ingediend en het derhalve niet mede door zijn cliënt heeft laten ondertekenen.⁹⁰ Ook daar is de omstandigheid, dat de advocaat door deze handelwijze, naar hij had moeten begrijpen, een duidelijk risico van niet-ontvankelijkverklaring van het verzoek in het leven heeft geroepen, beslissend voor het oordeel dat er sprake is van een beroepsfout. Daarbij worden de voorzienbare risico's opnieuw beoordeeld aan de hand van de stand van de rechtspraak en de literatuur. Niet van belang is of de advocaat voor zijn handelwijze voldoende steun kon vinden in de rechtspraak en literatuur. Waar het om gaat is of rechtspraak en literatuur hem het *vertrouwen* konden geven dat van de door hem gekozen handelwijze geen risico's voor zijn cliënt te verwachten waren. Wanneer er geen grond is voor dit vertrouwen en er derhalve ruimte is voor verschil van mening over de vraag of de handelwijze van de advocaat al dan niet juist is, leidt dat in beginsel reeds tot aansprakelijkheid van de advocaat jegens zijn cliënt. Hiermee worden aan de advocaat, met name wat betreft de kennis van rechtspraak en literatuur, betrekkelijk hoge kwaliteitseisen gesteld. Hij zal steeds aan de hand van de rechtspraak en de literatuur moeten nagaan of hij zijn cliënt door zijn handelwijze geen onnodige risico's laat lopen. Schiet hij in dat opzicht tekort, dan zal hij in beginsel aansprakelijk zijn voor de uit zijn handelwijze voortvloeiende schadelijke gevolgen.

Dat een beroepsbeoefenaar, zoals hiervoor voor de advocaat bleek maar ook voor andere beroepsbeoefenaren geldt,⁹¹ onnodige risico's voor de cliënt of patiënt moet vermijden, is een logisch uitvloeisel van het centrale aansprakelijkheids criterium. Een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot laat zijn

→ visie van de Hoge Raad op het tijdstip waarop de termijn voor de indiening van het onderhavige verzoekschrift afliep.

90. Zie HR 29 november 1991, NJ 1992, 808 (CJHB).

91. Vergelijk voor artsen bijvoorbeeld het Röntgenoloogarrest HR 14 april 1950, NJ 1951, 17 (PhANH). Zie voor notarissen het arrest inzake het Baarns beslag HR 30 januari 1981, NJ 1982, 56 (WMK), waaruit kan worden afgeleid dat een notaris bij een transport van een onroerende zaak, ter vermindering van onnodige risico's voor de koper, de doorbetaling van de koopprijs zou moeten uitstellen totdat zeker is dat de zaak onbezwaard en onbeslagen is geleverd.

cliënt of patiënt geen vermijdbaar risico lopen. Dat betekent niet dat een beroepsbeoefenaar – voor zover dat al mogelijk zou zijn – ieder denkbaar risico behoort uit te sluiten. Het betekent ook niet dat iedere tekortkoming of beoordelingsfout, die vanzelfsprekend risico's voor de cliënt/patiënt meebrengt, zonder meer tot aansprakelijkheid leidt. Waar het om gaat is dat cliënten en patiënten niet behoren te worden blootgesteld aan *onnodige* risico's. Een risico is onnodig in de hier bedoelde zin wanneer het in de gegeven omstandigheden voorzienbaar was en gemakkelijk had kunnen worden vermeden, zonder dat daardoor andere risico's in het leven zouden zijn geroepen.⁹² Hiermee blijkt dat de voorzienbaarheid van het risico dat een beroepsbeoefenaar in een concreet geval neemt en daarmee de *voorzienbaarheid van schade* voor de cliënt of patiënt een belangrijk gegeven kan zijn bij de beoordeling van de aansprakelijkheid.

Ook een onnodig risico mag overigens wel worden genomen indien de cliënt daarmee weloverwogen akkoord is gegaan. Dat kan bijvoorbeeld aan de orde zijn indien een advocaat beoogt om de rechtspraak op een bepaald punt 'om' te doen gaan en daarom in de processtukken uitdrukkelijk een standpunt verdedigt dat niet overeenstemt met de heersende leer. Al met al is, om de beroepsbeoefenaar aansprakelijk te doen zijn op basis van het laten ontstaan of voortbestaan van onnodige risico's, in ieder geval verwijtbaarheid⁹³ van de kant van de beroepsbeoefenaar vereist.⁹⁴

Tot zover het criterium en enkele daarin besloten liggende regels, aan de hand waarvan wordt beoordeeld of er voldoende grond is voor beroepsaansprakelijkheid. Een andere kwestie die

92. Zie A-G Strikwerda in zijn conclusie voor HR 29 november 1991, NJ 1992, 808 (CJHB).

93. Een uitzondering daarop vormt het geval waarin de beroepsbeoefenaar vanwege zijn onervarenheid geen verwijt treft van de door hem gemaakte fout. Ook dan moet de beroepsbeoefenaar echter op grond van art. 6:162 lid 3 (toerekening krachtens de in het verkeer geldende opvattingen) aansprakelijk worden geacht.

94. Vergelijk in dit verband vooral ook HR 29 november 1991, NJ 1992, 808 (CJHB), waarin de Hoge Raad uitdrukkelijk oordeelde dat niet iedere tekortkoming van een advocaat bij het in acht nemen van wettelijke procedurevoorschriften voor rekening van de advocaat komt, ook als hij niet verwijtbaar heeft gehandeld.

van groot belang is voor de reikwijdte van de aansprakelijkheid voor beroepsfouten is de wijze waarop bij een aansprakelijkstelling de bewijslast tussen de beroepsbeoefenaar en de benadeelde wordt verdeeld.

3.3.5 *De bewijslastverdeling*

Uitgangspunt is dat degene die stelt dat een beroepsbeoefenaar een fout heeft gemaakt als gevolg waarvan hij schade heeft geleden, van deze stelling het bewijs zal moeten leveren. Dat is meestal niet zo eenvoudig. Vaak zal het immers zo zijn dat de beroepsbeoefenaar en niet de benadeelde de beschikking heeft over de in het kader van de bewijsvoering relevante gegevens. Met name op het terrein van de medische beroepsfouten is dat probleem in het verleden reeds verschillende keren naar voren gekomen. Daar hebben zich op het punt van de stelplicht en de bewijslastverdeling dan ook ontwikkelingen voorgedaan,⁹⁵ die – mede omdat zij naar mijn mening ook voor andere vormen van beroepsaansprakelijkheid van belang kunnen zijn – vermelding verdienen.

De ontwikkeling begint met het in 1987 gewezen arrest Timmer-Deutman.⁹⁶ Daarin oordeelt de Hoge Raad dat van de arts, die de stellingen van de patiënt betwist, kan worden verlangd dat hij ter motivering van deze betwisting voldoende feitelijke gegevens verstrekt om de patiënt aanknopingspunten voor eventuele bewijsoverlevering te verschaffen. Door middel van deze extra stelplicht aan de kant van de arts wordt aan de patiënt een belangrijke verlichting van zijn stelplicht en bewijslast geboden. Een echte omkering van de bewijslast wordt in 1987, ook in gevallen waarin vaststaat dat de oorzaak van de schade van de patiënt *kan* zijn gelegen in een kunstfout, door de Hoge Raad uitdrukkelijk uitgesloten.

In het arrest Schepers-De Bruyn⁹⁷ is inmiddels echter gebleken dat de versterkte motiveringsplicht van de arts uiteindelijk wel tot een verschuiving van de bewijslast kan leiden. De vraag die

95. Vergelijk over de bewijslastverdeling bij medische beroepsaansprakelijkheid recentelijk nog J.M. van Dunné, AA 1995, blz. 664 e.v.

96. HR 20 november 1987, NJ 1988, 500 (WLH).

97. HR 18 februari 1994, NJ 1994, 368.

in dat arrest centraal staat, is of de behandelend gynaecoloog (Schepers) zijn patiënte (De Bruyn) tijdens het ontslaggesprek al dan niet het advies heeft gegeven om ter voorkoming van bloedingen gedurende zes weken geen sexueel contact te hebben. Het antwoord op deze vraag is bepalend voor de uitkomst van de procedure, dat wil zeggen voor het al dan niet slagen van de vordering van De Bruyn. Daarbij is van belang dat De Bruyn ontkent dat Schepers haar het bewuste advies heeft gegeven, terwijl Schepers stelt dat hij dat wel degelijk heeft gedaan. Schepers voert ter onderbouwing van zijn stelling slechts aan dat hij het advies in gevallen als deze altijd geeft en dat dus i.c. ook zal hebben gedaan. Het Hof acht de betwisting door Schepers van de stelling van De Bruyn daarmee kennelijk, althans zo interpreteert de Hoge Raad de beslissing van het Hof, onvoldoende geadstrueerd. Dat leidt ertoe dat het Hof, en de Hoge Raad laat dat in stand, Schepers belast met het bewijs van de juistheid van zijn stelling. Deze beslissing wordt door de Hoge Raad uitdrukkelijk niet uitgelegd als een omkering van de bewijslast ten nadele van de arts, maar als een gevolg van de regel dat op de arts een aanvullende stelplicht rust.

Uit het arrest blijkt dat de arts, wanneer de patiënt stelt dat hij bepaalde noodzakelijke informatie niet heeft gekregen, nadrukkelijk zal moeten stellen dat hij deze informatie wel degelijk heeft gegeven en dat bovendien nader zal moeten onderbouwen. Wat voor deze onderbouwing precies noodzakelijk is, valt niet met zekerheid te zeggen. In de literatuur is naar aanleiding van het arrest Schepers-De Bruyn wel de vraag gesteld of artsen hun patiënten in de toekomst een verklaring zouden moeten laten ondertekenen dat zij bepaalde informatie inderdaad hebben gekregen.⁹⁸ Zo ver wil ik niet gaan. Naar mijn mening zou een aantekening in het dossier, dat de informatie is verstrekt, voldoende moeten zijn om de betwisting van de stellingen van de patiënt op het punt van de informatieverstrekking afdoende te kunnen onderbouwen. Zeker is in ieder geval wel dat een arts die zijn standpunt niet op deze wijze naar behoren adstrueert, belast kan worden met het bewijs dat hij de patiënt inderdaad voldoende heeft geïnformeerd. Hoewel de Hoge Raad het niet

98. Zie daarover onder meer M.A. Goslings, TVG 1995, blz. 207; R. Overeem, Vrb 1994, blz. 24, 25; F. Stadermann, Advocatenblad 1994, blz. 478, 479.

als zodanig presenteert, is daarmee onder bepaalde voorwaarden wel degelijk sprake van een verschuiving van de bewijslast van de patiënt naar de arts.⁹⁹

Nog verder lijkt de Hoge Raad te gaan in zijn, hiervoor reeds meermalen in ander verband besproken, uitspraak inzake Ziekenhuis De Heel-Korver.¹⁰⁰ Het gaat daarbij om een patiënt die na een operatie in de 'uitslaapkamer' uit bed valt en daardoor letsel oploopt. Het bed had geen opstaande randen noch was er voldoende verpleegkundige hulp aanwezig om dit soort ongevallen te voorkomen. Eén van de geschilpunten tussen partijen is of de patiënt, zoals hij zelf stelt, uit bed is gevallen tijdens de eerste fase na de operatie, waarin patiënten nog in diepe slaap verkeren en willekeurige bewegingen kunnen maken, dan wel, zoals van de kant van het ziekenhuis wordt gesteld, in de tweede fase, waarin patiënten nog slechts licht slaperig zijn en het niet waarschijnlijk is dat zij uit bed vallen. Het Hof oordeelt dat het zeer waarschijnlijk is en dat er bij gebreke van feiten die op een andere toedracht wijzen van moet worden uitgegaan, dat het ongeval zich in de eerste fase heeft voorgedaan. Daarbij merkt het Hof op dat het op de weg van het ziekenhuis had gelegen om zijn betoog, dat de patiënt in de tweede fase uit bed is gevallen, met concrete feitelijke stellingen te onderbouwen. Nu dat niet is gebeurd, moet het betoog van het ziekenhuis naar de mening van het Hof worden gepasseerd en is voor een bewijsopdracht geen plaats.

De Hoge Raad acht dat oordeel juist en geeft daarmee toepassing aan de regel dat de partij die niet voldoet aan haar stelplicht in het ongelijk kan worden gesteld.¹⁰¹ Het lijkt erop dat de stelplicht van het ziekenhuis in dit geval een zwaardere is dan die van de arts in het eerder besproken arrest Schepers-De Bruyn. De achtergrond daarvan zou kunnen zijn dat de omstandigheden van het geval in De Heel-Korver, anders dan bij Schepers-De Bruyn, het vermoeden wettigen dat de stelling van de patiënt juist is. Dat leidt ertoe dat de wederpartij (i.c. het ziekenhuis)

99. Vergelijk voor andere uitspraken die in de lijn van het hiervoor besproken arrest Schepers-De Bruyn liggen onder meer Hof Arnhem 10 juli 1990, TVG 193, 65; Hof Amsterdam 28 april 1994, TVG 1994, 61.

100. HR 13 januari 1995, RvdW 1995, 31.

101. Vergelijk Hugenholtz/Heemskerk, nr. 122.

haar stellingen, die uitgaan van een andere toedracht van het schadegeval, extra goed zal moeten adstrueren. Laat zij dat na, dan wordt niet eens meer een bewijsopdracht gegeven, maar wordt uitgegaan van de juistheid van de stelling van de patiënt.¹⁰² Hierbij moet overigens wel worden bedacht dat het in veel gevallen, vanwege het nagenoeg onmogelijk zijn van de vereiste bewijslevering, niet of nauwelijks verschil zal maken of de arts c.q. het ziekenhuis wordt belast met het bewijs van zijn stellingen of dat zonder meer wordt aangenomen dat de door de patiënt geschetste toedracht van het schadegebeuren de juiste is. Bewijslast is in deze gevallen in zeer sterke mate bewijsrisico. Uit dit alles blijkt welke ingrijpende consequenties de verplichting van de arts/het ziekenhuis om zijn betwisting van de stellingen van de patiënt te motiveren kan hebben. Wanneer de arts/het ziekenhuis zijn visie op de toedracht van het geval onvoldoende onderbouwt, kan dat ertoe leiden dat de bewijslast in zijn richting verschuift, terwijl het onder omstandigheden zelfs kan betekenen dat nader bewijs overbodig wordt geacht en de stellingen van de patiënt zonder meer als juist worden aanvaard.

3.3.6 Het vereiste conditio sine qua non-verband

Wanneer eenmaal is vastgesteld dat een beroepsbeoefenaar verwijtbaar is tekortgeschoten in hetgeen onder de gegeven omstandigheden van hem mocht worden verlangd, is er nog een tweede probleem waarmee we in het kader van de vestiging van de aansprakelijkheid worden geconfronteerd. Dat is de kwestie van het vereiste conditio sine qua non (csqn)-verband tussen de door de benadeelde gestelde schade en de geconstateerde beroepsfout. Of de schade een gevolg is van de fout, is niet altijd gemakkelijk te bepalen. Zo staat meestal niet vast dat de cliënt de procedure zonder de beroepsfout van zijn advocaat wel zou hebben gewonnen. En zo is het in de regel niet 100% zeker dat de oorzaak van de gezondheidsschade van de patiënt enkel en alleen is gelegen in de door de behandelend arts gemaakte fout. In beginsel is het aan de cliënt of patiënt om het vereiste causaal

102. Vergelijk over deze bewijsrechtelijke component van het arrest Ziekenhuis De Heel-Korver ook J.M. van Dunné, AA 1995, blz. 671, 672; dezelfde, NJB 1995, blz. 1137, 1138.

verband tussen de door hem gestelde schade en de beroepsfout aannemelijk te maken. Daarmee lijkt een zware last te worden gelegd op de benadeelde. Er passen echter twee kanttekeningen. In de eerste plaats kan de vraag naar het causaal verband in veel gevallen niet los worden gezien van de aansprakelijkheidskwestie. Hoe duidelijker het is dat door de beroepsbeoefenaar een fout is gemaakt die tot aansprakelijkheid leidt, hoe minder eisen er aan het causaal verband lijken te worden gesteld. Er zijn zelfs uitspraken van lagere rechters, waarin bij een duidelijke en ernstige beroepsfout de bewijslast met betrekking tot het (ontbreken van) causaal verband wordt omgekeerd en op de beroepsbeoefenaar wordt gelegd.¹⁰³ In de tweede plaats is op het punt van de causaliteit – naar wordt beweerd, maar concrete jurisprudentie heb ik niet kunnen vinden – geen volledige zekerheid noodzakelijk om aansprakelijkheid te kunnen aannemen. Juist omdat de hier aan de orde zijnde causaliteitsvragen moeten worden beantwoord aan de hand van de hypothetische situatie, die zonder de beroepsfout zou hebben bestaan, is volledige zekerheid niet haalbaar.¹⁰⁴ In de regel zou het dan ook voldoende zijn dat er een hoge graad van waarschijnlijkheid bestaat dat de schade, wanneer de beroepsbeoefenaar zou hebben gehandeld overeenkomstig de zorgvuldigheid van een redelijk handelend vakgenoot, zou zijn uitgebleven.

Wanneer de vereiste graad van waarschijnlijkheid, dat de gestelde schade zonder het schadegebeuren was uitgebleven, aanwezig wordt geacht, en het csqn-verband derhalve geen probleem is, rijst vervolgens de vraag of dat moet leiden tot volledige toerekening van de ingetreden schade. Is bijvoorbeeld, om met Brunner te spreken,¹⁰⁵ 80% waarschijnlijkheid voldoende voor toerekening van 100% van het gevolg? Daarmee hebben we eigenlijk de fase van de vestiging van de aansprakelijkheid verlaten

103. Zie Hof 's-Hertogenbosch 8 januari 1953, NJ 1953, 665, waarin aan de advocaat het bewijs wordt opgelegd dat de vordering tegen zijn cliënt ook zou zijn toegewezen wanneer hij tijdig het vereiste verweer had gevoerd; Hof Amsterdam 13 juni 1985, TVG 1986, 38, waarin aan het ziekenhuis te bewijzen wordt opgelegd dat de (letsel)schade ook zou zijn ontstaan als direct de juiste diagnose was gesteld.

104. Zie over de problemen die zich in dat verband kunnen voordoen bijvoorbeeld Rb Rotterdam 13 augustus 1993, A&V 1994, nr. 18 (blz. 55, 56).

105. Zie C.J.H. Brunner, AA 1995, blz. 936.

en richten we ons op de omvang van de te betalen schadevergoeding. De problematiek hangt echter zo nauw samen met de vraag naar het bestaan van het csqn-verband, dat het praktisch is haar voorafgaand aan de eigenlijke schadevergoedingsparagraaf aan te stippen.

Voor zover de onderhavige vraag in de rechtspraak aan de orde is geweest, wordt in de regel gekozen voor een alles of niets benadering. Zodra het voldoende waarschijnlijk wordt geacht dat de schade het gevolg is van de gemaakte beroepsfout, wordt de schade in beginsel voor de volle 100% aan de beroepsbeoefenaar toegerekend. Is het oorzakelijk verband tussen fout en schade niet voldoende waarschijnlijk, dan wordt de aansprakelijkheid van de beroepsbeoefenaar geheel afgewezen. Het is de vraag of dit nogal rigide systeem wel tot zulke voor partijen redelijke uitkomsten leidt. Waarom rust bijvoorbeeld op een arts, die door zijn fout een patiënt de kans heeft ontnomen dat de geplande operatie zou zijn geslaagd, in het geheel geen schadevergoedingsplicht wanneer de slagingskans van de operatie slechts 35% bedroeg, terwijl hij volledige schadevergoeding moet betalen wanneer het slagingspercentage 80 was? Het verdient naar mijn mening de voorkeur om, zoals Brunner onlangs heeft bepleit,¹⁰⁶ de mate waarin de schade aan de beroepsbeoefenaar wordt toegerekend te laten bepalen door de kans dat de schade zonder de fout zou zijn uitgebleven. In het hiervoor gegeven voorbeeld zou de patiënt dan in het eerste geval 35% en in het tweede geval 80% van zijn schade vergoed krijgen.

3.3.7 De te vergoeden schade

3.3.7.1 De toerekening

Voor de schadevergoeding die toekomt aan het slachtoffer van een beroepsfout geldt het algemene uitgangspunt dat deze crop is gericht het slachtoffer zo veel mogelijk in dezelfde positie te brengen als waarin hij zonder het schadegebeuren zou hebben verkeerd. Welke schade komt in dat verband nu in welke mate voor vergoeding in aanmerking? In de meeste gevallen van beroepsaansprakelijkheid zal de vordering van de benadeelde be-

¹⁰⁶ C.J.H. Brunner, AA 1995, blz. 936, 937. Zie ook M. de Ridder, AA 1995, blz. 548 e.v.

staan in een vergoeding van de pure vermogensschade die voor hem uit de gemaakte fout voortvloeit. Over de omvang waarin deze schade naar redelijkheid kan worden toegerekend aan de beroepsbeoefenaar is weinig specifieke rechtspraak beschikbaar. Het ligt echter voor de hand dat, gezien de aard van de schade (geen letselschade) en de aard van de overtreden norm (in de regel 'slechts' een zorgvuldigheidsnorm) niet al te ruim wordt toegerekend. Bij de afbakening van de te vergoeden schade zal een belangrijke functie moeten worden toegekend aan de factor van de *voorzienbaarheid*. Met name de schade die, gezien de omstandigheden van het geval voorzienbaar was, zal voor vergoeding in aanmerking komen.

Vooral op het terrein van de medische aansprakelijkheid kan het zich voordoen dat de gedupeerde van een beroepsfout, behalve puur materiële schade, ook nadelige psychische gevolgen ondervindt. Dergelijke psychische gevolgen kunnen de basis vormen voor een vordering tot vergoeding van immateriële schade. Een zodanige vordering kan naar mijn mening slechts succes hebben wanneer de benadeelde ten gevolge van de beroepsfout lichamelijk letsel¹⁰⁷ heeft opgelopen. Beroepsfouten zullen immers in de regel niet kunnen worden gebracht onder een van de andere in art. 6:106 lid 1 BW limitatief opgesomde gevallen waarin plaats is voor vergoeding van immateriële schade. Lichamelijk letsel, en daarmee een kansrijke vordering tot vergoeding van immateriële schade, zal in de regel slechts op het terrein van de medische aansprakelijkheid worden aangetroffen.

De psychische gevolgen die een beroepsfout voor de benadeelde heeft, kunnen ook tot aanzienlijke vermogensschade leiden. De vraag of deze schade voor vergoeding in aanmerking komt, was aan de orde in het bekende Vader Versluis-arrest.¹⁰⁸ Het gaat daarbij om de vordering van vader Versluis, wiens dochter tijdens een operatie in coma raakt en daaruit tot het moment van haar overlijden, meer dan vijf jaar later, niet meer ontwaakt. De vordering van vader Versluis is niet gebaseerd op enigerlei medische beroepsfout jegens zijn dochter, maar vindt haar grondslag in het naar de mening van Versluis onzorgvuldig handelen van zo-

107. Lichamelijk letsel omvat hier ook geestelijk letsel, leidend tot vermogensschade.

108. HR 2 november 1979, NJ 1980, 77 (GJS).

wel de betrokken arts-anesthesist als het bestuur respectievelijk de geneesheer-directeur van het ziekenhuis *jegens hem*, nadat de comateuze toestand van zijn dochter was ingetreden. Ten gevolge van dit onzorgvuldig handelen zou Versluis zo ernstig in zijn vertrouwen in de medemens zijn geschokt dat hij uiteindelijk volledig is ingestort. Zijn daarop gebaseerde schadevordering omvat onder meer inkomensschade en gedcerfde levensvreugde.¹⁰⁹

Het Hof neemt veronderstellenderwijs aan, en dat is ook in casatie het uitgangspunt, dat de door Versluis gestelde gedragingen van de arts-anesthesist en 'het ziekenhuis' inderdaad hebben plaatsgehad, dat deze gedragingen jegens Versluis onrechtmatig zijn en dat er enig verband is tussen de gedragingen en de door Versluis gestelde en gevorderde schade. Desondanks komt deze schade niet voor vergoeding in aanmerking. De volledige lichamelijke en geestelijke ineenstorting van vader Versluis wordt, mede gelet op *de aard van de* veronderstellenderwijs aangenomen *aansprakelijkheidsground*, aangemerkt als een zo uitzonderlijke vorm van schade en wordt geacht in een zo ver verwijderd verband te staan met de aan de arts-anesthesist en het ziekenhuis verweten gedragingen, dat de daaruit voortvloeiende schade niet als een gevolg van deze gedragingen aan betrokkenen kan worden toegerekend. De Hoge Raad wijst in dat verband met name nog op het belang van het, in par. 3.3.2 reeds besproken, onderscheid tussen de aansprakelijkheid die haar grondslag vindt in de overtreding van verkeers- of veiligheidsnormen enerzijds en de aansprakelijkheid die, zoals i.c., haar grondslag vindt in de niet-naleving van zorgvuldigheidsnormen. Bij de overtreding van verkeers- en veiligheidsnormen moet rekening worden gehouden met ernstige gevolgen. Deze gevolgen worden, ongeacht de wijze waarop zij in concreto zijn ingetreden, in beginsel toegerekend. In dit geval gaat het echter om een overtreding van een zorgvuldigheidsnorm, hetgeen betekent dat een nauwer verband dient te bestaan tussen de overtreding en de uiteindelijke schade, om deze schade toerekenbaar te kun-

¹⁰⁹. Voor de vordering tot vergoeding van immateriële schade geldt dat deze, zoals ik hiervoor reeds aangaf, reeds vanwege het ontbreken van lichamelijk letsel, niet voor vergoeding in aanmerking komt.

nen achten. Dat vereiste nauwere verband wordt in dit geval afwezig geacht.

Hoezeer het onderscheid tussen verkeers- en veiligheidsnormen enerzijds en zorgvuldigheidsnormen anderzijds ook op het terrein van de (medische) beroepsaansprakelijkheid van belang is, blijkt ook weer in het arrest Ziekenhuis De Heel-Korver.¹¹⁰ Het gaat daar om een geval waarin een ziekenhuis onvoldoende maatregelen had genomen om te voorkomen dat een patiënt na een operatie in de uitslaapkamer uit bed viel. De Hoge Raad oordeelt dan dat het ziekenhuis daarmee een *veiligheidsnorm* heeft geschonden. Deze karakterisering van de door het ziekenhuis overtreden norm heeft geen directe betekenis meer voor de aansprakelijkheid als zodanig. Met het oordeel dat het ziekenhuis niet de maatregelen heeft genomen die met het oog op de veiligheid van de patiënt waren vereist, is de aansprakelijkheidsvraag immers reeds positief beantwoord. Dat de overtreden norm (achteraf) als veiligheidsnorm wordt aangemerkt, is echter wel van belang voor de bepaling van de omvang van de toe te rekenen schade. Zo wordt in dit geval ook niet direct als een gevolg van de fout te verwachten schade, te weten door de val ontstane blindheid aan een oog, toegerekend aan het ziekenhuis.

Daarbij moet worden opgemerkt dat deze ruime toerekening niet alleen haar grond vindt in de *aard van de overtreden norm*, maar ook in de *aard van de schade*. Voor de patiënt was, zoals hiervoor reeds bleek, door de val uit het bed letselschade ontstaan. En dat is nu eenmaal een schadesoort die, zeker wanneer hij is ontstaan door de overtreding van een verkeers- of veiligheidsnorm, pleit voor een ruime aansprakelijkheid. Dat de combinatie van overtreding van een veiligheidsnorm en het ontstaan van letselschade hiermee een rechtvaardiging vormt voor een ruime aansprakelijkheid is in overeenstemming met hetgeen in par. 3.3.2 reeds als invloed aan deze beide toetsingsfactoren is toegekend. Juist op het gebied van de medische aansprakelijkheid kan deze combinatie van de twee toetsingsfactoren zich voordoen en kunnen zij derhalve een reden vormen voor een snelle vestiging van aansprakelijkheid en een ruime toerekening van schade.

110. HR 31 januari 1995, RvdW 1995, 31.

Het belang van de aard van de schade bij de toerekening komt ook naar voren in de laatste rechterlijke uitspraak die in deze paragraaf bespreking verdient, te weten een vonnis van de Rechtbank Arnhem van 10 september 1992.¹¹¹ De casus is als volgt. Door een foutieve medische handeling tijdens een operatie is bij de patiënt een slokdarmperforatie ontstaan. Dat veroorzaakt voor de patiënt behalve aanzienlijke lichamelijke ook ernstige psychische klachten, die er onder meer in bestaan dat gebeurtenissen en angsten uit de tijd die hij als jongen in het Jappenkamp heeft doorgebracht weer beginnen op te spelen. De vraag is of de psychische klachten van de patiënt en de daaruit voor hem voortvloeiende schade nog als een gevolg van de – erkende – beroepsfout aan de betrokken arts kunnen worden toegerekend. De Rechtbank beantwoordt deze vraag bevestigend en acht daarbij beslissend dat de psychische klachten voortvloeien uit lichamelijk letsel en de daarmee gepaard gaande complicaties, alsmede dat het letsel is veroorzaakt door een medische beroepsfout. Juist vanwege de daarmee aangeduide *aard van de aansprakelijkheid* en de *aard van de schade*, staat de omstandigheid dat de psychische reactie van de patiënt op de slokdarmperforatie mede verband houdt met de voordien door hem in het Jappenkamp ondergane ervaringen, alsmede de omstandigheid dat de psychische klachten daardoor ernstiger en langer van duur zijn dan in de normale lijn der verwachtingen ligt, naar de mening van de Rechtbank niet in de weg aan toerekening.

De Rechtbank past hiermee de leer van 'you have to take your victim as you find him', die door de Hoge Raad met name op het gebied van de aansprakelijkheid in het wegverkeer is ontwikkeld,¹¹² ook toe op het gebied van de medische aansprakelijkheid. De aansprakelijkheid in het wegverkeer en die inzake de medische beroepsbeoefening vertonen in zoverre overeenkomst dat bij beide vaak sprake zal zijn van letselschade. De aard van de schade is echter niet de enige door de Hoge Raad ingeroepen rechtvaardiging voor de onderhavige leer, waarin ook schade die

111. NJ 1993, 278.

112. Zie onder meer HR 9 juni 1972, NJ 1972, 360; HR 21 maart 1975, NJ 1975, 372; HR 8 februari 1985, NJ 1986, 136 en 137 (beide gevallen buiten het gebied van het verkeer); HR 4 november 1988, NJ 1989, 751.

mede haar oorzaak vindt in de persoonlijke predispositie van de benadeelde wordt toegerekend. Ook aan de aard van de overtreden norm wordt betekenis toegekend. De aansprakelijkheid in het wegverkeer vindt per definitie haar grondslag in de overtreding van een verkeersnorm, hetgeen een ruime toerekening van schade rechtvaardigt. Aan een medische aansprakelijkheid zal, zoals hiervoor bleek, wellicht in bepaalde gevallen een overtreding van een veiligheidsnorm ten grondslag liggen. Vaak zal het echter ook 'slechts' gaan om de niet-naleving van zorgvuldigheidsnormen. De aard van de overtreden norm biedt dan geen steun voor een ruime toerekening. De Rechtbank beroept zich in plaats daarvan op de aard van de aansprakelijkheid. Ik neem aan dat aard van de aansprakelijkheid daarbij wordt gebruikt als een synoniem voor aard van de verweten gedraging. Die factor kan, zoals bleek in par. 3.3.2, ook naar mijn mening een goede reden vormen voor een ruime bescherming van de benadeelde.

3.3.7.2 De invloed van eigen schuld

Een laatste vraag die in het kader van de te vergoeden schade bespreking verdient, is welke gevolgen de eventuele eigen bijdrage van de benadeelde aan het intreden van de schade heeft voor de omvang van de schadevergoedingsplicht van de beroepsbeoefenaar. Uit de jurisprudentie, met name op het terrein van de beroepsaansprakelijkheid van de notaris, blijkt dat verwijtbaar handelen of nalaten van de benadeelde dat de schade mede heeft veroorzaakt, hetzij het causaal verband tussen de fout van de beroepsbeoefenaar en de schade geheel kan doorbreken, hetzij langs de weg van de eigen schuld de door de beroepsbeoefenaar verschuldigde schadevergoeding kan beïnvloeden. In het eerste geval moet de benadeelde de door hem geleden schade geheel voor eigen rekening nemen. In het tweede geval dient aan de hand van een afweging van de aan beide partijen toe te rekenen omstandigheden worden nagegaan wie welk deel van de schade moet dragen. Dat laatste zal in de regel leiden tot een verdeling van de schade tussen de twee betrokkenen. Het kan echter ook zijn dat vanwege de uiteenlopende ernst van de wederzijds gemaakte fouten moet worden geoordeeld dat de be-

roepsbeoefenaar de gehele schade dient te vergoeden of dat zijn schadevergoedingsplicht juist op nihil moet worden gesteld.¹¹³ De eigen schuld van de benadeelde kan onder meer bestaan in een bij hem aanwezige specifieke deskundigheid op het terrein waarop de beroepsfout is gemaakt.¹¹⁴ Langs deze weg kan de *persoon van de benadeelde* derhalve een rol spelen bij de bepaling van de omvang van de aansprakelijkheid.

Het is de taak van de feitenrechter om in alle gevallen, waarin de schade mede is te wijten aan factoren die aan de benadeelde moeten worden toegerekend, aan de hand van de omstandigheden van het geval de fout van de beroepsbeoefenaar en de bijdrage van de benadeelde tegen elkaar af te wegen. Daarbij weegt de fout van de beroepsbeoefenaar in beginsel zwaar, hetgeen betekent dat niet te snel mag worden geconcludeerd tot verval of vermindering van diens schadevergoedingsplicht. Overigens is in dat verband wel van belang waarin de beroepsfout precies is gelegen. Wanneer een notaris bijvoorbeeld een fout begaat bij de vervulling van hetgeen tot zijn typische en monopolistische werkzaamheden behoort, zoals het opmaken van notariële akten in het hypothecaire verkeer, wordt hem dat zwaar aangerekend en zal er minder snel reden zijn om op grond van eigen schuld van de benadeelde tot een vermindering van zijn schadevergoedingsplicht te besluiten.¹¹⁵

Bij de beoordeling welke invloed de eigen bijdrage van de bena-

113. De grens tussen het ontbreken van het vereiste causaal verband en het terrein van de eigen schuld is, zeker nu het tot nihil terugbrengen van de schadevergoedingsplicht van de beroepsbeoefenaar langs beide wegen kan worden bereikt, betrekkelijk vaag. Vergelijk de conclusie van A-G Vranken voor HR 31 december 1993, NJ 1993, 275.

114. Zie voor een geval waarin deze eigen deskundigheid van de benadeelde ertoe leidde dat geen onzorgvuldig handelen van de beroepsbeoefenaar werd aangenomen HR 27 maart 1992, NJ 1993, 188 (EAAL). Zie voor gevallen waarin de deskundigheid van de benadeelde niet in de weg stond aan de aansprakelijkheid van de beroepsbeoefenaar, maar slechts van invloed was op de omvang van diens schadevergoedingsplicht onder meer HR 25 januari 1991, NJ 1991, 97 (EAAL), vervolgd in HR 31 december 1993, NJ 1994, 275, HR 28 september 1990, NJ 1991, 473; HR 7 december 1990, NJ 1991, 474 (EAAL); HR 25 september 1992, NJ 1992, 751.

115. Vergelijk onder meer HR 29 september 1990, NJ 1991, 473 (EAAL onder NJ 1991, 474); HR 7 december 1990, NJ 1991, 474 (EAAL); HR 25 januari 1991, NJ 1991, 97 (EAAL) vervolgd door HR 31 december 1993, NJ 1994, 275.

deelde heeft op de schadevergoedingsplicht van de beroepsbeoefenaar komt onder meer betekenis toe aan de *aard van de aansprakelijkheid* en de *aard van de schade*. Binnen de aard van de aansprakelijkheid speelt onder meer de kennis en deskundigheid van de benadeelde een rol. Een fraaie illustratie daarvan biedt de uitspraak van de Hoge Raad inzake Alpuro-Dijkstra.¹¹⁶ Het gaat daarbij om een geval waarin een dierenarts aan een kalvermester telefonisch een geneesmiddel (inclusief de benodigde dosering) voor zijn zieke kalveren doorgeeft, zonder toezicht te houden op de afgifte van de medicijnen aan de kalvermester en zonder begeleiding te geven bij de dosering van de medicijnen. Uiteindelijk komt een groot aantal kalveren te overlijden ten gevolge van een dramatische overdosering van het geneesmiddel, die slechts kan worden toegeschreven aan een ernstige toedieningsfout van de kant van de kalvermester. De dramatische overdosering wordt door het Hof, en de Hoge Raad laat dat oordeel in stand, gelet op de *aard van de aansprakelijkheid en van de schade* niet meer als een gevolg van het ongeoorloofd handelen van de dierenarts aan deze laatste toegerekend.

Hoewel de dierenarts i.c. geacht wordt door zijn nalatigheid bij het uitoefenen van het vereiste toezicht een veiligheidsnorm te hebben overtreden, gaat zijn daarop gebaseerde aansprakelijkheid niet zo ver dat zij ook de gevolgen van het foutieve handelen van de benadeelde omvat. Daarbij zal een rol hebben gespeeld dat het gaat om een voor het ontstaan van de schade kardinale fout van een deskundige en ervaren kalvermester.¹¹⁷ Er wordt echter ook uitdrukkelijk belang toegekend aan de aard van de schade, dat wil zeggen aan de omstandigheid dat de benadeelde kalvermester geen persoonsschade doch pure vermogensschade lijdt. De overtreding van een veiligheidsnorm blijkt daarmee op zich zelf nog niet voldoende te zijn voor een ruime toerekening. Slechts wanneer door de overtreding van de veiligheidsnorm persoonsschade teweeg wordt gebracht, is er kennelijk reden om, ook wanneer de schade zich op een onverwachte wijze verwezenlijkt, tot toerekening daarvan te komen. Deze combinatie van overtreding van een veiligheidsnorm en persoonsschade

116. HR 25 september 1992, NJ 1992, 751.

117. Vergelijk de opmerkingen op dit punt van A-G Hartkamp in zijn conclusie voor het arrest NJ 1992, 751 blz. 3269 l.k.

lijkt zich, zoals reeds eerder werd gesignaleerd, binnen de categorie van de beroepsaansprakelijkheid slechts in de medische sector te *kunnen* voordoen.

3.3.8 De kring der gerechtigden

Tot dusver is niet uitdrukkelijk aandacht besteed aan de vraag wie naar aanleiding van een beroepsfout een actie hebben jegens de betrokken beroepsbeoefenaar. Hiervoor werd er over het algemeen vanuit gegaan dat degene die op de beroepsfout een schadevordering baseert de gedupeerde cliënt of patiënt is. Dat is ook de situatie die in de rechtspraak het meest voorkomt. Over vorderingsrechten van niet-clienten/patiënten is weinig materiaal beschikbaar. Toch is het, zoals gezegd, voor de bepaling van de reikwijdte van de beroepsaansprakelijkheid van groot belang wie tot de kring der gerechtigden behoren. In par. 3.3.2 werd reeds aangegeven dat een niet-patiënt/cliënt ten opzichte van een beroepsbeoefenaar niet direct in een afhankelijke relatie staat. Anders dan bij een benadeelde cliënt of patiënt kan bij een schadelijgende derde in de aard van de aansprakelijkheid en de verhouding tussen de betrokken partijen dan ook geen aanwijzing voor een ruime aansprakelijkheid worden gevonden.

Ook de andere toetsingsfactoren pleiten voor het merendeel tegen een ruime aansprakelijkheid van beroepsbeoefenaren jegens derden. De schade die een niet-patiënt of cliënt door een beroepsfout lijdt, zal in de regel vermogensrechtelijk van aard zijn. De norm die jegens een niet-patiënt of cliënt is overtreden, zal in beginsel niet het karakter van een verkeers- of veiligheidsnorm maar van een zorgvuldigheidsnorm hebben. Slechts de mogelijkheid om de schade te verzekeren, is een factor die zich hier in het algemeen niet verzet tegen een ruime aansprakelijkheid. Bij een mogelijke beroepsaansprakelijkheid jegens een derde geldt immers evenals bij die jegens een cliënt of patiënt dat de beroepsbeoefenaar, beter dan de benadeelde, in staat is de schade volledig door een verzekering te laten afdekken. Deze factor alleen kan de terughoudendheid waartoe de eerder besproken factoren bij de vestiging en de bepaling van de omvang van de aansprakelijkheid nopen, echter niet zonder meer veranderen. Een en ander past bij enkele recente uitspraken van de Hoge Raad, waarin wordt aangenomen dat beroepsbeoefenaren

slechts onder bijzondere omstandigheden aansprakelijk kunnen worden geacht voor schade van anderen dan hun eigen cliënt of patiënt.¹¹⁸

Dan rest nog de factor van de voorzienbaarheid. Gelet op de werking van de andere factoren, vormt de toetsing van de voorzienbaarheid van schade het zwaartepunt bij de beoordeling van de aansprakelijkheid van een beroepsbeoefenaar jegens niet-patiënten of cliënten. Naarmate het voor de beroepsbeoefenaar in kwestie beter voorzienbaar was of had behoren te zijn dat ten gevolge van zijn tekortkoming schade voor derden te verwachten was, zal eerder worden aangenomen dat hij jegens deze derden een zorgplicht had en bij de niet-nakoming daarvan jegens deze derden aansprakelijk is voor de uit zijn tekortkoming ontstane schade.

Daarbij verdient opmerking dat de fase van de vestiging van de aansprakelijkheid en die van de bepaling van de omvang ervan bij benadeelde derden voor een belangrijk deel in elkaar overlopen. Eerder bleek dat bij de toerekening van schade op het onderhavige terrein een centrale functie toekomt aan de voorzienbaarheid.¹¹⁹ Aangezien echter de factor van de voorzienbaarheid, wanneer het gaat om derde-benadeelden, naar mijn mening reeds bij de beantwoording van de aansprakelijkheidsvraag van beslissende betekenis is, behoeft deze bij de toerekening niet opnieuw te worden gezien. Staat eenmaal vast dat de beroepsbeoefenaar vanwege een door hem gemaakte fout aansprakelijk is jegens een niet-client of patiënt, dan zal de beroepsbeoefenaar in beginsel ook de gehele schade die voor de derde uit de beroepsfout voortvloeit moeten vergoeden.¹²⁰

Voordat wordt nagegaan waartoe dit alles voor de verschillende beroepsbeoefenaren leidt, wijs ik er ter vermijding van misverstand op dat de voorzienbaarheid bij de beoordeling van de aansprakelijkheid jegens derden niet het enige relevante gezichtspunt is. Allereerst zal vanzelfsprekend moeten worden vastgesteld of de beroepsbeoefenaar in kwestie verwijtbaar onzorgvul-

118. Zie HR 23 december 1994, RvdW 1995, 10; HR 23 december 1994, RvdW 1995, 11.

119. Vergelijk par. 3.3.7.1.

120. Dat neemt niet weg dat er ruimte blijft voor een verdeling van de schadelast op grond van eigen schuld van de derde.

dig heeft gehandeld. Niet iedere fout leidt immers zonder meer tot aansprakelijkheid. Daarnaast is van belang of de vermeende fout van de beroepsbeoefenaar inderdaad de oorzaak van de schade van de derde is. Verder zal rekening moeten worden gehouden met de eigen deskundigheid van de betrokken derde en daarmee dus met de *persoon van de benadeelde*. Naarmate de derde op het desbetreffende terrein meer specifieke deskundigheid bezit, zal eerder worden aangenomen dat hij zelf bepaalde verplichtingen had en niet zonder meer had mogen vertrouwen op de van de beroepsbeoefenaar afkomstige gegevens. Dat kan meebrengen dat de fout van de beroepsbeoefenaar jegens deze derde niet onrechtmatig is en dat op die grond geen aansprakelijkheid bestaat.

De vraag naar de kring der gerechtigden is al met al niet meer dan één van de vragen die bij de beoordeling van de aansprakelijkheid van een beroepsbeoefenaar jegens een derde een rol speelt. Laten we dan nu terugkeren naar de kring der gerechtigden en bekijken welke consequenties de daar geldende centrale rol van de voorzienbaarheidsfactor voor bepaalde beroepsbeoefenaren heeft. Om te beginnen de medische beroepsbeoefenaar. Daar stuiten we op het gegeven dat er niet zo veel derden zullen zijn die ten gevolge van een medische fout andere dan immateriële schade lijden. Het is goed voorstelbaar dat bepaalde vrienden en verwanten van de door een medische fout gelaedeerde door het lijden van hun vriend of verwant zelf ook nadeel ondervinden. Dat nadeel zal in de regel echter het karakter hebben van verdriet om het leed van de benadeelde en daarmee immaterieel van aard zijn. Deze schade komt in beginsel niet voor vergoeding in aanmerking, omdat het niet behoort tot een van de in art. 6:106 lid 1 BW genoemde gevallen waarin ruimte bestaat voor vergoeding van immateriële schade. Slechts de in het slot van art. 6:106 lid 1 onder b genoemde 'aantasting in de persoon' zou voor de vrienden en verwanten nog een opening kunnen bieden. Om van een aantasting van de persoon in deze zin te kunnen spreken, is enkel verdriet om het lijden van een ander niet voldoende. Er moet sprake zijn van ernstige klachten van psychisch/somatische aard.¹²¹ Deze zullen in het merendeel

121. Vergelijk over de interpretatie van het slot van art. 6:106 lid 1 onder b BW nader A.T. Bolt, Schockschade, in CJHB (Brunner-bundel), 1994, blz. 9 e.v.

van de gevallen ontbreken, zodat dan ook iedere basis voor een vordering jegens de beroepsbeoefenaar ontbreekt.

De vermogensschade die naar aanleiding van een medische beroepsfout wordt geleden, is over het algemeen voor het belangrijkste deel terug te voeren naar de patiënt zelf. Hij is dan ook degene die deze schade in zijn claim tegen de falende medicus zal moeten opnemen. Van een vordering van een derde kan in zoverre geen sprake zijn. Derden hebben blijkens art. 6:107 BW in beginsel slechts een vordering ter zake van de zogenaamde verplaatste schade.¹²²

Al met al geldt voor de medische beroepsbeoefenaar dat hij bij een fout slechts met vorderingen van anderen dan de gelaedeerde zelf zal worden geconfronteerd in die gevallen waarin de wet dat toelaat. Bij de andere beroepsgroepen ontbreken dergelijke specifieke wettelijke regels voor de vorderingsrechten van derden. Toch is het ook daar goed voorstelbaar dat door een beroepsfout voor een niet-cliënt schade ontstaat. Zo kan een derde zijn afgegaan op een verwijtbaar onjuist advies dat een advocaat aan zijn cliënt heeft gegeven en daardoor schade lijden. Naar mijn mening komt bij de beoordeling van de aansprakelijkheid van de advocaat jegens een zodanige derde het hiervoor reeds aangeduide belang van de voorzienbaarheid naar voren. Slechts 'voorzienbare derden', dat wil zeggen derden waarvan het voor de advocaat voorzienbaar was dat zij door zijn fout benadeeld zouden kunnen worden, zullen hun schade op de advocaat kunnen verhalen. Ten opzichte van anderen heeft de advocaat in beginsel geen norm overtreden ofwel de door de advocaat overtreden norm strekt niet tot bescherming van anderen dan de voorzienbare derden.

Dezelfde maatstaf moet mijns inziens worden aangelegd bij de beoordeling van de aansprakelijkheid van de notaris en de accountant jegens niet-cliënten. De schaarse rechtspraak over de aansprakelijkheid van beroepsbeoefenaren jegens derden lijkt deze maatstaf echter niet altijd beslissend te achten voor de bepaling van de kring der gerechtigden. In 1990 oordeelde de Hoge Raad bijvoorbeeld dat de verplichting van een notaris om na te gaan of een vertegenwoordiger bevoegd is om namens de vertegenwoordigde de in een notariële akte neergelegde rechts-

122. Zie daarover nader par. 3.20.

handeling te verrichten, mede in verband met het vertrouwen dat deelnemers aan het rechtsverkeer in een notariële akte moeten kunnen stellen, geldt jegens alle belanghebbenden, onder wie degene die als vertegenwoordigde in de akte is vermeld.¹²³ Nu kan de vertegenwoordigde in dat geval zonder meer worden aangemerkt als een voorzienbare derde in de hiervoor bedoelde zin. Of dat echter voor alle denkbare belanghebbenden bij de in de notariële akte neergelegde rechtshandeling geldt, is zeer de vraag. Ik ben dan ook van mening dat de uitspraak van de Hoge Raad wel erg ver gaat en dat het de voorkeur zou hebben verdiend het nalaten van de notaris slechts onrechtmatig te achten jegens derden, van wie de notaris redelijkerwijs had kunnen voorzien dat zij ten gevolge van de desbetreffende fout schade zouden lijden.

Meer passend bij de hier verdedigde voorzienbaarheidsmaatstaf zijn de twee nagenoeg identieke uitspraken die de Hoge Raad op 23 december 1994 heeft gewezen.¹²⁴ Het gaat daarbij om een vordering van de curatoren van de in staat van faillissement verkerende Tilburgse Hypotheekbank (THB) tegen de notaris, die heeft meegewerkt aan bepaalde onroerend-goedtransacties, die uiteindelijk de ondergang van de THB hebben meegebracht. Aan deze vordering ligt de stelling ten grondslag dat de notaris, door zijn medewerking aan deze transacties niet te weigeren, is tekortgeschoten in zijn zorgplicht jegens de schuldeisers van de THB en op die basis aansprakelijk is voor de schade, die voor hen uit het faillissement voortvloeit. Het Hof gaat bij zijn beoordeling van de vordering van de curatoren na wanneer in het onderhavige geval sprake zou *kunnen* zijn van een jegens de schuldeisers van THB onrechtmatig tekortschieten van de notaris. Dat doet zich naar het oordeel van het Hof slechts voor wanneer de notaris, gezien de hem bekende gegevens, heeft geweten of had moeten weten dat zijn medewerking aan de onroerend-goedtransacties ernstig gevaar voor insolventie van de THB zou meebrengen. De Hoge Raad laat deze benadering en het door het Hof gekozen criterium in stand. Daaraan wordt uitdrukkelijk toegevoegd dat het Hof met het criterium terecht tot uitdruk-

123. HR 28 september 1990, NJ 1991, 473.

124. HR 23 december 1994, RvdW 1995, 10 en 11. Vergelijk ook HR 15 september 1995, RvdW 1995, 171.

king brengt dat een notaris slechts onder bijzondere omstandigheden een zorgplicht heeft jegens derden.

Wanneer de notaris had moeten voorzien dat zijn medewerking aan de transacties ernstig gevaar voor insolventie van de THB zou meebrengen, had hij ook behoren te voorzien dat de schuldeisers van de THB door zijn handelen gedupeerd zouden kunnen worden. De schuldeisers zijn in dat geval derhalve voorzienbare derden, jegens wie het handelen van de notaris onrechtmatig kan zijn.

Over de vraag naar de aansprakelijkheid van de accountant jegens derden is in ons land nagenoeg geen (gepubliceerde) jurisprudentie.¹²⁵ Toch wordt juist de accountant de laatste jaren in toenemende mate geconfronteerd met claims van niet-cliënten. Dit hangt onder meer samen met de aard van de werkzaamheden van een accountant, als het opstellen en het controleren van openbaar te maken jaarstukken van bedrijven, welke werkzaamheden meebrengen dat derden bij hun beslissingen regelmatig op de verklaringen en adviezen van de accountant zullen afgaan. Wanneer dergelijke verklaringen of adviezen achteraf verwijtbaar onjuist blijken te zijn, kunnen daaruit voor de betrokken derden grote schades voortvloeien. Bij de beantwoording van de vraag of deze schade van derden op de accountant kan worden verhaald, behoort de reeds meermalen genoemde voorzienbaarheidsmaatstaf naar mijn mening een belangrijke rol te spelen.

Een beroepsfout van een accountant behoort naar mijn mening slechts te kunnen leiden tot aansprakelijkheid jegens voor de accountant, ten tijde van de handeling waarin de beroepsfout is gelegen, voorzienbare derden. Het gaat in dat verband mijns inziens te ver om, wanneer het bijvoorbeeld gaat om een fout bij het opstellen van jaarstukken, 'al degenen die bij de vennootschap recht- of belanghebbend zijn' als voorzienbare derden aan merken.¹²⁶ Het enkele feit dat jaarstukken van een bedrijf in de regel openbaar worden gemaakt, rechtvaardigt nog niet om ie-

125. Met name in de Anglo-Amerikaanse landen is de vraag wel meermalen in de rechtspraak aan de orde geweest. Zie voor een overzicht van deze rechtspraak onder meer R.I.V.F. Bertrams, NV 1991, blz. 198 e.v.; K.A.J. Bisschop, NTBR 1994, blz. 23 e.v.

126. Vergelijk in deze zin Hof 's-Hertogenbosch 28 september 1983, NJ 1985, 120.

dere willekeurige derde die deze jaarstukken raadpleegt en die zijn handelen daardoor laat beïnvloeden als vorderingsgerechtigd aan te merken. Het verdient de voorkeur om aan te nemen dat slechts een actierecht toekomt aan degenen van wie de accountant, op het moment dat hij de jaarstukken opstelt of controleert, weet dat zij zullen afgaan op de desbetreffende stukken en op die basis zullen handelen.¹²⁷ Dat deze derden ten gevolge van zijn falen schade zullen lijden, is voor de accountant immers voorzienbaar. En dat maakt zijn aansprakelijkheid jegens deze derden dan ook aanvaardbaar.

3.3.9 Afsluiting

Wanneer het voorgaande op een rijtje wordt gezet, moet worden geconcludeerd dat de jurisprudentie op het terrein van de beroepsaansprakelijkheid geen algemene verruiming van de aansprakelijkheid te zien geeft. Op het punt van de kring der gerechtigden is er te weinig rechtspraak om daarin enige tendens te kunnen ontwaren. De aan deze kwestie gewijde paragraaf bevat dan ook voor een belangrijk deel mijn eigen, op de werking van de toetsingsfactoren gebaseerde visie omtrent de gewenste kring der gerechtigden. De rechtspraak over de aansprakelijkheid jegens cliënten of patiënten is veel minder schaars. Ook daar kan echter geen algemene ontwikkeling in de richting van een uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid worden signaleerd.

Uitgangspunt bij de beoordeling van de aansprakelijkheid voor beroepsfouten is het criterium van de redelijk bekwame en redelijk handelende vakgenoot, dat werd besproken in par. 3.3.3. Er zijn geen aanwijzingen dat dit criterium de laatste jaren over de gehele linie een strengere invulling heeft gekregen. Wel zijn er enkele 'uitschieters' in de rechtspraak, waarin aan een beroepsbeoefenaar vergaande eisen zijn gesteld en/of gemakkelijker dan te verwachten viel tot aansprakelijkheid werd geconcludeerd. Genoemd kunnen worden de arresten die op het punt van de bewijslastverdeling in de medische sector zijn gewezen¹²⁸ en de uitspraken waarin hoge eisen aan advocaten worden ge-

127. Vergelijk in soortgelijke zin R.I.V.M. Bertrams, NV 1991, blz. 198 e.v.

128. Zie par. 3.3.5.

steld wat hun kennis van rechtspraak en literatuur betreft.¹²⁹ Daarnaast is van belang dat op het terrein van de medische aansprakelijkheid een zekere tendens in de richting van een ruime toerekening van schade kan worden geconstateerd. Met name wanneer de medicus een veiligheidsnorm heeft overtreden en daardoor letselschade is ontstaan, wordt de ingetreden schade gemakkelijk toegerekend. Dat geldt ook wanneer de schade niet direct te verwachten was. Hiermee is in de jurisprudentie bij de bepaling van de omvang van de aansprakelijkheid meer nadruk komen te liggen op de aard van de overtreden norm in combinatie met de aard van de schade. Buiten de medische sector bieden deze factoren echter geen aanknopingspunten voor een ruime toerekening van schade.

Dit beeld dat de jurisprudentie te zien geeft, past voor een belangrijk deel goed bij hetgeen blijktens par. 3.3.2 op basis van de toetsingsfactoren verwacht mocht worden. De toetsingsfactoren gaven aan dat er geen reden is om snel en ruim aansprakelijkheid aan te nemen. Ook wanneer de toetsingsfactoren in toenemende mate een rol zijn gaan spelen in de jurisprudentie leidt dat derhalve niet tot een algemene uitdijning van de reikwijdte van de aansprakelijkheid. Een uitzondering geldt blijkens de toetsingsfactoren, en dat klopt voor zover het gaat om de omvang van de aansprakelijkheid met de jurisprudentie, voor de medische sector. De achtergrond daarvan is gelegen in het verschil dat op het punt van de aard van de overtreden norm en de aard van de schade bestaat tussen beroepsfouten in de medische sector en daarbuiten. Deze combinatie van toetsingsfactoren bleek ook in de jurisprudentie verantwoordelijk te zijn voor de ruimere toerekening van schade ten gevolge van medische fouten.

Al met al is er slechts sprake van enige uitdijning bij de omvang van de medische aansprakelijkheid. Voor het overige is de reikwijdte van de aansprakelijkheid voor beroepsfouten niet wezenlijk anders dan enkele decennia geleden. Dit betekent dat de toename die zich op het terrein van de beroepsaansprakelijkheid gedurende de laatste jaren in het aantal en de omvang van de claims aftekent, niet kan worden verklaard door een in de rechtspraak tot uitdrukking komende toename van het bereik

129. Zie par. 3.3.4.2.

van deze aansprakelijkheid. Er moeten andere redenen zijn voor de uitbreiding van de claims. In de literatuur zijn reeds diverse niet-juridische oorzaken van de toename in de schadevorderingen op het onderhavige terrein genoemd.¹³⁰ Voor zover het gaat om medische aansprakelijkheid kan daaraan nog worden toegevoegd dat gelaedeerde patiënten bij hun claimedrag wellicht onbewust reeds vooruitlopen op hetgeen, gelet op de werking van de toetsingsfactoren, in de toekomst van de rechtspraak zou mogen worden verwacht. Met name de aard van de schade, die bij de medische aansprakelijkheid een duidelijk ander karakter heeft dan bij de andere beroepsaansprakelijkheden, zou daarbij een rol kunnen spelen. Juist de in geval van vermeende medische aansprakelijkheid veelal aan de orde zijnde persoonsschade zou de benadeelde wel eens kunnen stimuleren in zijn mening dat verhaal van zijn schade op de betrokken arts mogelijk behoort te zijn.

Omdat de toetsingsfactoren zoals gezegd geen ruimte bieden voor een ruime aansprakelijkheid van beroepsbeoefenaren in het algemeen, verdient het mijns inziens aanbeveling dat de terughoudendheid waarvan de jurisprudentie tot dusver over het algemeen blijk geeft wordt gehandhaafd. Dat geldt zeker ook bij de aansprakelijkheid van beroepsbeoefenaren jegens derden, een terrein dat nog volop in ontwikkeling is.

§ 3.4 Aansprakelijkheid voor gevaarlijke situaties en gevaarlijk gedrag

3.4.1 Algemeen

Wanneer iemand een voor anderen gevaarlijke situatie in het leven roept of zonder dat hij voor het ontstaan ervan verantwoordelijk is in stand laat, rijst de vraag of hij aansprakelijk kan worden gehouden voor de schade die anderen lijden indien het gevaar zich verwezenlijkt. We hebben hier te maken met een aansprakelijkheidscategorie die een grote verscheidenheid van gevallen omvat. Zo is de aard van de verweten gedraging per geval anders, bestaat er geen eenheid in de bij het schadegebeuren

130. Zie met name F.H.A. Arisz, *Preadvies NJV* 1987, blz. 12 e.v.; C.J.J.M. Stolker, *AA* 1995, blz. 23.

betrokken personen en kan de schade zeer divers van aard zijn. Het is dan ook weinig zinvol om de onderhavige aansprakelijkheidscategorie, zoals dat bijvoorbeeld bij de aansprakelijkheid voor beroepsfouten en die voor bedrijfsongevallen en beroepsziekten is gebeurd, te onderwerpen aan een algemene, dat wil zeggen van de concrete gevallen losgekoppelde, toetsing aan de in dit preadvies centraal staande factoren. Het is veel interessanter om te onderzoeken of in de bestaande jurisprudentie op dit terrein lijnen te ontdekken zijn en daaraan dan de vraag te koppelen in hoeverre de hier onderscheiden factoren in deze jurisprudentie een rol spelen. Bij dat alles wordt tevens nagegaan of binnen de onderhavige aansprakelijkheidscategorie sprake is van een uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid. Bij dit alles mag niet uit het oog worden verloren dat de aansprakelijkheid voor gevaarlijke situaties niet altijd gebaseerd behoeft te zijn op een handelen of nalaten van de betrokken persoon en daarmee op de algemene in art. 6:162 BW neergelegde zorgvuldigheidsnorm. Zij kan ook haar grondslag vinden in bepaalde in afdeling 6.3.2 BW neergelegde risico-aansprakelijkheden. Daarbij valt met name te denken aan de aansprakelijkheid voor gebrekkige roerende zaken (art. 6:173 BW), de aansprakelijkheid voor gebrekkige opstallen (art. 6:174 BW) en de aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen (art. 6:175-176 BW). Hoewel dit preadvies primair is gericht op de aansprakelijkheid ex art. 6:162 BW verdient het, vanwege de nauwe verwantschap die binnen deze aansprakelijkheidscategorie bestaat met de genoemde kwalitatieve aansprakelijkheden, de voorkeur ook daarop (kort) in te gaan. Behalve de reeds genoemde risico-aansprakelijkheden is hier nog van belang de aansprakelijkheid voor gebrekkige produkten. Deze is echter ondergebracht in een afzonderlijke categorie en komt op deze plaats daarom niet nader aan de orde. Overigens vertoont de aansprakelijkheid voor gevaarzettend handelen of nalaten behalve met de produktenaansprakelijkheid nog overlapping met bepaalde andere hier onderscheiden aansprakelijkheidscategorieën. Zo houdt de aansprakelijkheid in het verkeer en de aansprakelijkheid in het kader van sport en spel vaak verband met gevaarlijke situaties. Het uitgangspunt is dat gevaarzettend handelen of nalaten dat naar zijn aard binnen een van de andere categorieën dan de onderhavige valt in beginsel bij de andere categorie wordt ondergebracht. Hier gaat

het derhalve slechts om gevaarsituaties die niet tot een van de andere aansprakelijkheidscategorieën behoren.

Het laatste algemene punt dat hier dient te worden gesignaleerd, is dat de categorie van de gevaarstelling soms dicht aanligt tegen de gevallen waarin schade wordt veroorzaakt door een ongelukkige samenloop van omstandigheden en waarin aansprakelijkheid op die grond wordt afgewezen. Ook bij de ongelukkige-samenloopgevallen kan het gaan om potentieel gevaarlijke situaties.¹³¹ Zo is gebleken dat er gevaar schuilt in het geven van een speelse duw aan een collega¹³² en in het zonder omkijken achteruitstappen bij een bushalte.¹³³ Beslissend voor de vraag naar de aansprakelijkheid is steeds of de lachdans door zijn handelen of nalaten meer risico heeft genomen dan redelijkerwijs verantwoord was. Alleen door middel van toetsing aan de voor gevaarsituaties relevante criteria (die hierna aan de orde komen) kan deze vraag worden beantwoord en kan dus worden bepaald of er inderdaad 'slechts' sprake is van een ongelukkige samenloop van omstandigheden of dat de schadeveroorzaker aansprakelijk moet worden geacht voor de gevaarstelling. Dit betekent dat de situaties waarin een ongelukkige samenloop van omstandigheden wordt aangenomen deel kunnen uitmaken van de onderhavige aansprakelijkheidscategorie, in die zin dat de benaming ongelukkige samenloop van omstandigheden dan is gereserveerd voor die gevallen waarin gevaarstellend handelen of nalaten niet tot aansprakelijkheid leidt.¹³⁴ Daarmee is deze benaming in wezen niets anders dan een karakterisering die achteraf, dat wil zeggen nadat de beslissing over de aansprakelijkheid is genomen, aan een bepaalde gebeurtenis wordt toegekend.

3.4.2 De jurisprudentie en de vergelijking

De basis voor de beoordeling van de vraag naar de aansprakelijk-

131. Zie meer in het algemeen over de vraag naar de aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door onhandigheid of in ogenblikken van verminderde oplettendheid H.L.J. Roelvink, *Omgestoten wijnglazen en andere ongelukjes*, in C.J.H.B. (Brunner-bundel), 1994, blz. 325 e.v.

132. HR 20 juni 1986, NJ 1986, 780.

133. Zie HR 11 december 1987, NJ 1988, 393 (G).

134. Vergelijk de conclusie van A-G De Vries Lentsch-Kostense voor HR 9 december 1994, CRW 1994, 271.

heid voor schade die voortvloeit uit een gevaarlijke situatie is gelegen in het Kelderluikarrest, dat in 1965 door de Hoge Raad is gewezen.¹³⁵ In deze uitspraak heeft de Hoge Raad in de eerste plaats uitdrukkelijk aangegeven dat de omstandigheden van het concrete geval bepalend zijn bij de beoordeling van de onderhavige aansprakelijkheidskwestie. In de tweede plaats heeft de Hoge Raad enkele criteria genoemd die bij de beoordeling in aanmerking mochten worden genomen. Deze criteria zijn in latere arresten steeds weer teruggekomen en daarbij nog uitgebreid met enkele andere aandachtspunten. Al met al kunnen momenteel in de jurisprudentie de volgende factoren worden onderscheiden:¹³⁶

- de mate van waarschijnlijkheid dat het gevaar zich verwezenlijkt;
- de mate van waarschijnlijkheid dat derden niet de noodzakelijke oplettendheid en voorzichtigheid in acht zullen nemen;
- de aard en de ernst van de schade die ontstaat als het gevaar zich verwezenlijkt;
- de mate van bezwaarlijkheid (zowel financieel als in andere opzichten) van maatregelen die kunnen voorkomen dat het gevaar zich verwezenlijkt of die de kans daarop kunnen verminderen;
- de mate waarin de geladde zelf heeft bijgedragen aan de verwezenlijking van het gevaar.

Deze in de jurisprudentie terug te vinden criteria vertonen een belangrijke overlapping met de in dit preadvies voor de vestiging en de bepaling van omvang van de aansprakelijkheid onderscheiden toetsingsfactoren.

3.4.3 Voorzienbaarheid

Het centrale criterium voor de beoordeling van de aansprakelijkheidsvraag in de gevaarzettingsrechtspraak is de mate van

135. HR 5 november 1965, NJ 1966, 136 (GJS).

136. Vergelijk voor een overzicht van de relevante toetsingsfactoren die in de jurisprudentie kunnen worden onderscheiden (gecombineerd met een eigen aanvulling daarop) de noot van C.J.H. Brunner onder HR 6 november 1981, NJ 1982, 567.

waarschijnlijkheid dat het gevaar zich verwezenlijkt en dat dus de schade intreedt.¹³⁷ Dit kan op een lijn worden gesteld met de *voorzienbaarheid van schade*. In hoeverre het intreden van schade voorzienbaar was, hangt blijkens de jurisprudentie onder meer af van de aard en de ernst van het gevaar, de kennis die de laedens met betrekking tot het desbetreffende gevaar had c.q. had behoren te hebben en de mate van waarschijnlijkheid dat anderen, die mogelijkwerijs door het gevaar worden bedreigd, niet de noodzakelijke voorzichtigheid in acht zullen nemen. Op deze 'subcriteria' van de voorzienbaarheid wordt hierna achtereenvolgens nader ingegaan.

Aard en ernst van het gevaar

Uitgangspunt is dat iemand die door zijn handelen of nalaten anderen blootstelt aan een bepaald gevaar niet altijd gehouden is om maatregelen te treffen die de verwezenlijking van het gevaar kunnen voorkomen. Niet iedere geringe kans op schade leidt tot de verplichting om in te grijpen.¹³⁸ Daarmee wordt binnen de onderhavige aansprakelijkheidscategorie een link gelegd met de voorzienbaarheid dat schade zal ontstaan.¹³⁹ Naarmate het gevaar groter is, neemt ook de voorzienbare kans op schade toe en zal de laedens – gesteld dat hij niet de noodzakelijke vei-

137. Soms wordt de beslissing omtrent de aansprakelijkheid geheel en al opgehangen aan dit criterium. Zie bijvoorbeeld HR 2 december 1966, NJ 1967, 42 (GJS) (Haringkar); HR 9 december 1994, RvdW 1994, 271 (Schoppen tegen tak).

138. Vergelijk bijvoorbeeld HR 6 november 1981, NJ 1982, 567 (CJIB) waarin de Hoge Raad in een geval waarin iemand na het bloedprikken onverwacht flauwvalt oordeelt dat niet iedere mogelijkheid van flauwvallen van patiënten, hoe gering ook, een ziekenhuis verplicht tot het nemen van maatregelen, ongeacht de kosten of andere bezwaren verbonden aan deze maatregelen. Op het belang van dit laatste aspect wordt hierna nog nader ingegaan. Het belang van de aard en de ernst van het gevaar komt onder meer ook naar voren in HR 20 maart 1992, NJ 1993, 547 (CJHB) (Bussluis); HR 9 december 1994, RvdW 1994, 271 (Schoppen tegen tak); HR 13 januari 1995, RvdW 1995, 31, waarin bij het onrechtmatigheidsoordeel onder meer wordt betrokken dat het niet hoogst uitzonderlijk is dat patiënten in de onrustige eerste fase na een narcose onwillekeurige bewegingen maken, waardoor zij uit bed kunnen vallen; HR 12 mei 1995, RvdW 1995, 110 ('t Ruige Veld-Univé).

139. Bij de aard en de ernst van het gevaar speelt ook de aard en de ernst van de te verwachten schade een rol. Deze komt hierna echter nog als afzonderlijke factor aan de orde.

ligheidsmaatregelen heeft genomen – eerder aansprakelijk worden geacht voor de schade, die ook inderdaad intreedt.

Kenbaarheid van het gevaar voor de laedens

Het ligt voor de hand dat de vraag naar de voorzienbaarheid van schade slechts bevestigend kan worden beantwoord als de laedens het gevaar kende c.q. had behoren te kennen. Uit het Broodbezorgerarrest kan dan ook worden afgeleid, dat wanneer iemand niet geacht mag worden op de hoogte te zijn van het gevaar dat een bepaalde gedraging of een bepaalde situatie voor anderen betekent dan wel dit gevaar niet tot zijn bewustzijn is doorgedrongen,¹⁴⁰ van hem niet worden gevergd dat hij passende maatregelen treft om te voorkomen dat het gevaar zich verwezenlijkt. In het in 1982 gewezen Natronloog-arrest¹⁴¹ lijkt de Hoge Raad op dit punt een andere koers te gaan varen. Daar heet het in strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid te zijn om een emmertje met onbekende vloeistof, verpakt in een kartonnen doos en een vuilniszak, voor afhaling door de vuilnisdienst klaar te zetten, 'tenzij men ofwel weet of gegronde redenen heeft om aan te nemen dat het om een vloeistof gaat die bij aanraking met de mens geen gevaar oplevert, ofwel de betreffende vuilniszak onder controle houdt en degenen die de zak aan wil pakken waarschuwt voor de aanwezigheid daarin van een emmertje met een bepaalde, onbekende vloeistof'.

Bepaalde, onbekende stoffen worden hiermee in wezen verondersteld gevaarlijk te zijn. Degenen die met de stof in aanraking komen, behoren daar rekening mee te houden en hun gedrag daarop af te stemmen. Dat ligt slechts anders als de betrokkene weet of redelijkerwijs mag menen dat het in werkelijkheid niet om een gevaarlijke stof gaat. De kenbaarheid van het gevaar vormt daarmee voor de stoffen waarop de redenering van de Hoge Raad ziet nooit een obstakel voor aansprakelijkheid. Of men het aan de stof verbonden gevaar feitelijk kende, doet immers niet ter zake. Men wordt geacht zich het gevaar bewust te zijn en de bij het gevaar aangepaste maatregelen te nemen. Een emmertje met een onbekende vloeistof, dat zich in een berghok bevindt, is naar het oordeel van de Hoge Raad kennelijk een

140. Vergelijk HR 22 november 1974, NJ 1975, 149 (GJS) (Broodbezorger).

141. HR 8 januari 1982, NJ 1982, 614 (GJIB).

zodanig verdacht object dat men behoort uit te gaan van het gevaarlijke karakter ervan. Voor welke andere stoffen of zaken de Natronloog-regel zou moeten gelden, is tot dusver in de jurisprudentie niet duidelijk geworden. Het belang van de regel moet mijns inziens dan ook niet worden overschat. Sinds het Natronloog-arrest zijn er al weer diverse uitspraken op het terrein van de gevaarzetting gedaan, waarin de kenbaarheidseis weer in zijn 'oude vorm' is teruggekeerd.

Een betrekkelijk recent voorbeeld is het reeds veel becommentarieerde *Taxus*-arrest.¹⁴² In dat arrest gaat het om de vraag of degene die een taxusstruik heeft gedeponceerd op een afvalhoop, die direct grenst aan een weiland waarin paarden staan, aansprakelijk moet worden geacht voor het overlijden van deze paarden ten gevolge van het eten van de taxusstruik. Van belang is dat het Hof in dit geval onder meer oordeelt dat de betrokkene de giftigheid van taxus (voor paarden) niet kende noch behoefde te kennen. Dat oordeel van het Hof wordt in cassatie niet bestreden en staat voor de Hoge Raad derhalve vast. Het wekt dan ook nauwelijks verwondering dat de Hoge Raad met het Hof van mening is dat de betrokkene niet aansprakelijk mag worden gehouden.¹⁴³ Men is immers niet verplicht om planten en struiken *waarvan men de giftigheid niet kent of hoeft te kennen* zodanig onder controle te houden dat zij geen gevaar opleveren. Kortom, wanneer de laedens het gevaar van een situatie of van zijn handelen niet onderkent en ook niet hoeft te onderkennen, is de schade voor hem niet voorzienbaar en is er derhalve geen reden om hem aansprakelijk te houden wanneer het gevaar zich verwezenlijkt.¹⁴⁴

142. HR 22 april 1994, NJ 1994, 624 (CJHB). Zie over dit arrest onder meer T. Hartlief, Bb 1994, nr. 12, blz. 105, 106; C. van Dam, NTBR 1994, blz. 255 e.v.

143. Overigens is het nog maar de vraag of de Hoge Raad, indien het desbetreffende oordeel van het Hof in cassatie wel zou zijn aangevallen, anders zou hebben geoordeeld dan het Hof. Ook de Hoge Raad lijkt immers in gevallen als de onderhavige, waarin het niet gaat om 'mechanische gevaren' die samenhangen met de geïndustrialiseerde, gemotoriseerde samenleving, geen hoge eisen te stellen aan de kennis van de betrokkene. Zie daarover nader C.C. van Dam, NTBR 1994, blz. 255 e.v. Dit aspect komt hierna nog nader aan de orde.

144. Zie in dit verband ook HR 23 juni 1989, VR 1991, 154 (Surfplank), waarin wordt aangenomen dat de aansprakelijk gestelde, die als een meteorologische leek wordt gekwalificeerd, het risico dat een surfplank die los op de auto lag door een plotselinge windvlaag zou weggwaaien en vervolgens een omstander →

Het vereiste van de kenbaarheid van het gevaar brengt niet mee dat de laedens de schade die in concreto is ingetreden moet hebben kunnen voorzien. In beginsel is het voldoende dat de laedens wist of zich had behoren te realiseren dat de gevaarstelling enigerlei schade voor derden teweeg zou kunnen brengen. Illustratief is in dat verband het arrest 't Ruige Veld-*Univé*.¹⁴⁵ Het gaat daar om de op dat moment 13-jarige Wendelien G. die verblijft in het kinder- en jeugdpsychiatrisch ziekenhuis 't Ruige Veld. Dit is een open inrichting, waaruit Wendelien reeds enkele keren was weggelopen. Bij één van haar weglomapacties had zij schade voor derden veroorzaakt. Op een gegeven moment weet zij 's nachts weer te ontsnappen. Zij steekt dan een huis in brand. In deze procedure staat de vraag centraal of de psychiatrische inrichting aansprakelijk kan worden geacht voor de uit de brandstichting voortvloeiende schade. De Hoge Raad beantwoordt deze vraag, in aansluiting bij het oordeel van het Hof, bevestigend. Eén van de overwegingen daarbij is dat reeds het feit dat aan weglopen van Wendelien verhoogd gevaar voor enigerlei schade aan derden was verbonden, voor de inrichting een reden had moeten vormen om niet te volstaan met het gebruikelijke toezicht, maar om nadere maatregelen ter voorkoming van weglopen te treffen. Daarbij wordt niet van belang geacht of al dan niet viel te verwachten tot welke soort schade wederom weglopen van Wendelien zou leiden. De voorzienbaarheid van schade in het algemeen bij verwezenlijking van het gevaar is in beginsel voldoende.

Uitgangspunt is dat bij de beoordeling van de kenbaarheid van het gevaar wordt gewerkt met een objectieve toetsing. Beslissend is welke kennis en kunde van iemand in de situatie waarin de laedens ten tijde van het schadegebeuren verkeerde in het algemeen mag worden verwacht. Daarbij lijkt uit de jurisprudentie te kunnen worden afgeleid dat aan de kennis en kunde van de laedens hogere eisen worden gesteld wanneer het een 'modern' gevaar van bijvoorbeeld mechanische oorsprong of samenhan-

→ zou raken, niet behoefde te voorzien. Vgl. voorts HR 27 mei 1994, NJ 1994, 590, waarin voor de aansprakelijkheid uitdrukkelijk van belang wordt geacht of de schade voor de aansprakelijk gestelde persoon ten tijde van het vermeende schadegebeuren voorzienbaar was.

145. HR 12 mei 1995, RvdW 1995, 110.

gend met een chemische substantie betreft dan wanneer het gaat om ouderwetse 'huis tuin en keuken gevaren'.¹⁴⁶ Zo mag van de laedens kennelijk wel worden verwacht dat hij het gevaar van een onvoldoende afgeschermd pom op een melkmachine¹⁴⁷ of van een emmertje met een voor hem onbekende chemische stof (natronloog)¹⁴⁸ op zijn waarde weet te schatten, maar behoeft hij zich niet te realiseren welke gevaren taxusstruiken voor de paarden van de buurman opleveren¹⁴⁹ en dat het schoppen tegen een tak tijdens een boswandeling gevaar voor letselschade voor de mede-wandelaars kan meebrengen.¹⁵⁰

Bij de in beginsel objectieve toetsing wordt wel rekening gehouden met de specifieke, en met het oog op het gevaar relevante, kennis die in de kring waartoe de laedens behoort aanwezig is of geacht mag worden te zijn. Dit betekent dat bij de beantwoording van de vraag naar de voorzienbaarheid van de schade mede bepalend is de *persoon van de laedens*, in die zin dat van belang is tot welke 'kring' de laedens beroepsmatig of anderszins behoort en of binnen deze kring wellicht relevante kennis aanwezig mag worden geacht.

Een fraai voorbeeld daarvan vormt het arrest IBC-Slokkers,¹⁵¹ waarin het gaat om een kraan die weliswaar overeenkomstig de instructies van de fabrikant met railklemmen op de rails was vastgezet, maar die desondanks door de storm op drift raakte en daardoor (vermogens)schade veroorzaakte voor derden. De oorzaak van het ongeval blijkt te zijn dat de railklemmen niet goed op de rails pasten, met het gevolg dat er een zodanige speling bestond tussen de klem en de rails dat de kraan kon losschieten. Geoordeeld wordt dat de enkele omstandigheid dat de instructies van de fabrikant waren opgevolgd niet in de weg staat aan de aansprakelijkheid van de eigenaar/gebruiker van de kraan. Dat hangt met name samen met de eisen die i.c. aan het bedienend personeel kunnen worden gesteld. Zoals door zowel het Hof als de Hoge Raad uitvoerig uiteen wordt gezet, behoort

146. Vergelijk daaromtrent ook C.C. van Dam, NTBR 1994, blz. 256.

147. HR 8 december 1989, NJ 1990, 778 (CJHB) (Lars Rurode).

148. HR 8 januari 1982, NJ 1982, 614 (CJHB) (Natronloog).

149. HR 22 april 1994, NJ 1994, 624 (CJHB) (Taxus).

150. IIR 9 december 1994, RvdW 1994, 271 (Schoppen tegen tak).

151. HR 26 maart 1982, NJ 1983, 335 (CJHB).

het bedienend personeel een zodanige technische kennis en ervaring te hebben dat het de onvolkomenheid van de klemconstructie had moeten voorzien. Kraanmachinisten zijn in de visie van de Hoge Raad geen willekeurige gebruikers, maar technisch geschoolde vaklieden die het nodige weten van 'technisch-dynamische kwesties'. Van hen mag dan ook worden verwacht dat zij voorzien dat de onderhavige railklemconstructie gevaar meebrengt en dat zij tijdig passende maatregelen nemen om het gevaar af te wenden.

Dit illustreert nog eens hoe zeer de kennis en de deskundigheid die van de laedens mogen worden verwacht binnen de voorzienbaarheidskwestie van belang zijn. Zij bepalen mede in hoeverre de verwezenlijking van het gevaar en daarmee de schade voor de laedens voorzienbaar waren en welke eisen tegen deze achtergrond aan zijn handelen mogen worden gesteld. De persoon van de gelaedeerde wordt daarmee als relevante factor binnen deze aansprakelijkheidscategorie als het ware opgeslokt door de factor van de voorzienbaarheid.¹⁵² Overigens lijken aan de kennis en deskundigheid van natuurlijke personen over het algemeen beduidend minder hoge eisen te worden gesteld dan aan de kennis en deskundigheid van overheidsorganen en privaatrechtelijke rechtspersonen. Weliswaar is dat in de jurisprudentie bij mijn weten tot dusver niet uitdrukkelijk uitgesproken, maar er zijn zeker aanwijzingen dat de aansprakelijkheidsvraag bij gevaarstelling door particulieren gemakkelijker negatief wordt be-

152. Andere uitspraken waarin de kennis en deskundigheid van de aangesproken persoon, zij het soms impliciet, een rol speelt zijn bijvoorbeeld HR 22 november 1974, NJ 1975, 149 (GJS) (Broodbezorger), waarin werd geoordeeld dat er slechts een rechtsplicht kan bestaan tot opheffing van een gevaar als de ernst van het gevaar tot het bewustzijn van de betrokkene is doorgedrongen; HR 25 september 1981, NJ 1982, 254 (CJHB) (Martin Smit), waarbij met name de opmerking van A-G Ten Kate in zijn conclusie, dat er i.c. sprake is van een gevaar dat aan de chauffeur van de laadschop en zijn werkgever bekend is althans behoort te zijn, aandacht verdient; HR 19 november 1982, NJ 1984, 366 (CJHB), waarin werd geoordeeld dat een politie-ambtenaar geen specifieke deskundigheid bezit in de beoordeling van de vraag of een bepaald transport een bepaald obstakel zonder gevaar kan passeren; HR 14 juni 1985, NJ 1985, 736 (Val na sprong van trampoline), waarin naar mag worden aangenomen mede van belang is geweest dat een gymnastiekleraar op de hoogte is of behoort te zijn van EIIBO-voorschriften; HR 27 mei 1988, NJ 1989, 29 (G) (Veenbroei), waarin een rol speelde dat de Staat wist dat zich op het terrein het gevaar van veenbroei voordeed.

antwoord dan wanneer voor de gevaarzetting een grotere organisatie verantwoordelijk kan worden gesteld. Wanneer we bijvoorbeeld het Taxusarrest¹⁵³ en de uitspraak inzake het Schoppen tegen een tak¹⁵⁴ plaatsen tegenover het Natronloog,¹⁵⁵ het Busshuis-¹⁵⁶ en het Veenbroeiarrest,¹⁵⁷ blijkt dat de gevaarzetting in de particuliere sfeer gemakkelijker wordt ondergebracht in de categorie 'huis tuin en keuken-risico's', die bij het dagelijks leven horen en waarvan de gevolgen in beginsel niet op een ander kunnen worden verhaald, dan wanneer bij de gevaarzetting een rechtspersoonlijkheid bezittend lichaam betrokken is. Of dat jegens de slachtoffers van gevaarzetting altijd zo redelijk is, kan – zeker nu ook particulieren in de regel verzekerd zijn tegen de financiële gevolgen van aansprakelijkheid – worden betwist.

Waarschijnlijkheid dat derden onvoorzichtig zullen zijn

De mate van waarschijnlijkheid dat derden niet de noodzakelijke oplettendheid en voorzichtigheid in acht zullen nemen is in par. 3.4.2 genoemd als een afzonderlijk criterium binnen de gevaarzettingsrechtspraak, maar vormt in wezen niets anders dan een onderdeel van de factor voorzienbaarheid. Naarmate het meer voor de hand ligt dat derden onvoldoende oppassend zullen zijn en zich aan het gevaar zullen blootstellen, is immers de voorzienbaarheid van schade (voor de laedens) groter. Hoe waarschijnlijk het is dat derden onvoldoende voorzichtig zullen zijn, hangt in beginsel af van de concrete omstandigheden van het geval. Daarbij kan in voorkomende gevallen de *persoon van de gelaedeerde* een belangrijke rol spelen en langs deze weg mede van invloed zijn op de voorzienbaarheid van schade voor de laedens. Voorwaarde daarvoor is wel dat de laedens vooraf is geconfronteerd met het latere slachtoffer en derhalve heeft kunnen voorzien wie ten gevolge van de verwezenlijking van het gevaar schade zou kunnen lijden.¹⁵⁸

153. HR 22 april 1994, NJ 1994, 624 (CJHB).

154. IIR 9 december 1994, RvdW 1994, 271.

155. IIR 8 januari 1982, NJ 1982, 614 (CJHB).

156. HR 20 maart 1992, NJ 1993, 547 (CJHB).

157. HR 27 mei 1988, NJ 1989, 29 (G).

158. Zie overigens voor een geval waarin de laedens wel vooraf met het latere slachtoffer is geconfronteerd, maar waarin de persoon van het slachtoffer →

Deze voorzienbaarheid van het slachtoffer ontbreekt bijvoorbeeld in het Veenbroeciarrest.¹⁵⁹ Daarin gaat het om een vijfjarig jongetje, dat bij het betreden van een schor met een been in de bodem wegzakt, met het gevolg dat hij door veenbroei een tweedegraads verbranding aan dat been oploopt. Voor de Staat, het lichaam dat belast is met de zorg voor het desbetreffende terrein, was vooraf in het geheel niet voorzienbaar dat het gevaar zich juist met betrekking tot dit concrete slachtoffertje zou verwezenlijken. In het arrest komt dan ook slechts aan de orde welk gedrag van 'het publiek' kon worden verwacht. De Staat had moeten verwachten dat het publiek het terrein zou betreden. Daarbij wordt van belang geacht dat het gevaar niet steeds waarneembaar was en het publiek ook niet geacht kon worden op andere wijze op de hoogte te zijn van het bestaan van het gevaar. Dat het terrein geen recreatiebestemming had en bovendien moeilijk toegankelijk was, staat niet in de weg aan de aansprakelijkheid van de Staat. Kennelijk had de Staat in de visie van de Hoge Raad rekening moeten houden met de natuurlijke drang van veel mensen om ook moeilijk toegankelijke terreinen te verkennen en daarom de nodige maatregelen moeten nemen om dat te voorkomen.¹⁶⁰

Wanneer in het geval van het Veenbroeci-arrest op enigerlei wijze voorzienbaar was geweest dat juist een kind een potentieel slachtoffer zou zijn, had dat een belangrijke ondersteuning kunnen vormen voor de beslissing om aansprakelijkheid aan te nemen. De betekenis die wordt toegekend aan de jeugdige leeftijd van het (mogelijke) slachtoffer komt bijvoorbeeld duidelijk naar

→ geen expliciete rol speelde bij de beoordeling van de aansprakelijkheid het arrest inzake de doorgezaagde balkonleuning HR 11 februari 1955, NJ 1955, 218.

159. HR 27 mei 1988, NJ 1989, 29 (G).

160. Vergelijk in dit verband W.C.L. van der Grinten, die in zijn noot onder het arrest aangeeft zich liever aan te willen sluiten bij de visie van de Rechtbank, volgens welke iemand die een niet voor recreatie bestemd en moeilijk toegankelijk terrein betreedt, dat vanwege zijn natuurlijke gesteldheid gevaarlijk is, dat op eigen risico doet.

Zie voor een ander geval waarin rekening wordt gehouden met de ervaring dat mensen (i.e. verkeersdeelnemers) niet altijd de nodige voorzichtigheid en oplettendheid betrachten bijvoorbeeld HR 20 maart 1992, NJ 1993, 547 (CJIB) (Bussluis).

voren in het arrest Martin Smit,¹⁶¹ waarin de bestuurder van een laadschop aansprakelijk wordt geacht voor het letsel dat een driejarig jongetje opliep doordat het werd overreden door de laadschop. Bij de beoordeling van de aansprakelijkheidsvraag speelt een centrale rol dat in de nabijheid van de laadschop kinderen, onder wie het latere slachtoffer, aan het spelen waren. De bestuurder had, zo meent de Hoge Raad, rekening moeten houden met factoren als de onberekenbaarheid van jonge kinderen en de attractie die een voertuig als een laadschop voor een kind kan hebben.¹⁶² In combinatie met het gegeven dat de laadschop voor de bestuurder onvoldoende waarnemingsmogelijkheden bood, betekent dit dat de bestuurder de laadschop niet in beweging had mogen zetten zonder afdoende veiligheidsmaatregelen te treffen.

Dat de voorzienbaarheid van schade langs de weg van de jeugdige leeftijd van het 'voorzienbare slachtoffer' niet alleen van belang is bij de vestiging van de aansprakelijkheid maar ook bij de bepaling van de omvang ervan, blijkt onder meer uit het arrest Lars Rurodc.¹⁶³ Juist het gegeven dat er in dat geval met name gevaar dreigde voor zich in de nabijheid bevindende kinderen en dat van het concrete – voorzienbare – slachtoffer, in verband met zijn jeugdige leeftijd, slechts een beperkt inzicht in dat gevaar en een beperkt vermogen om zich naar dat inzicht te gedragen mocht worden verwacht, brengt in die uitspraak mee dat ondanks de geconstateerde eigen schuld van het kind de gehele schadelast voor rekening van de laedens komt.¹⁶⁴

Wanneer een door iemand in het leven geroepen of in stand gelaten gevaar alleen of vooral bedreigend is voor kinderen, leidt dat wanneer het gevaar zich voor die kinderen verwezenlijkt derhalve sneller tot een – tevens – ruimere aansprakelijkheid dan bij (potentiële) volwassen slachtoffers. Van kinderen is immers bekend dat zij onberekenbaar zijn en impulsief reageren. Dat maakt het waarschijnlijker dat zij ten aanzien van het gevaar niet

161. HR 25 september 1981, NJ 1982, 254 (CJHB).

162. De attractie van het voertuig voor kinderen was overigens niet feitelijk vastgesteld, maar een door de Hoge Raad zelf bijgebracht feit.

163. HR 8 december 1989, NJ 1990, 778 (CJHB).

164. Een en ander geldt als een toepassing van de in art. 6:101 BW neergelegde billijkheidscorrectie. Vergelijk daarover onder meer A.T. Bolt, WPNR 1990, 5960.

de noodzakelijke oplettendheid en voorzichtigheid in acht zullen nemen, hetgeen weer betekent dat de vraag naar de voorzienbaarheid van schade eerder positief zal moeten worden beantwoord. Verdedigbaar is dat het voorgaande alleen geldt wanneer de betrokkene het jeugdige slachtoffer vooraf heeft opgemerkt dan wel zich meer in het algemeen heeft moeten realiseren dat er een grote kans was dat het gevaar zich juist met betrekking tot kinderen zou verwezenlijken. Is dat niet het geval, dan is er mijns inziens geen reden om de vraag naar de (omvang van de) aansprakelijkheid in geval van jeugdige benadeelden anders te beoordelen dan bij volwassen slachtoffers.

3.4.4 *Wisselende beslissingen*

Zoals uit het voorgaande blijkt, is de beoordeling van de vraag naar de voorzienbaarheid van schade in sterke mate afhankelijk van de omstandigheden van het concrete geval. Ook op het eerste gezicht onwaarschijnlijke schades worden soms voldoende voorzienbaar geacht om tot aansprakelijkheid te leiden. Zo vormde de omstandigheid dat het niet direct te verwachten is dat een vuilnisman in zijn oog getroffen zou worden door de onbekende vlocistof die verpakt in een emmertje en een vuilniszak bij de weg was gezet en daardoor blijvend oogletsel zou oplopen, voor de Hoge Raad geen helemmering om degenen die verantwoordelijk waren voor het (bij de weg zetten van het) emmertje aansprakelijk te achten voor de ontstane schade.¹⁶⁵

De beslissing omtrent de voorzienbaarheid van de schade is niet altijd eenvoudig. Zij is vaak voor betwisting vatbaar. Een fraaie illustratie daarvan vormt het geval waarin de 17-jarige Werink tijdens een boswandeling met een stel vrienden zonder noodzaak tegen een tak schopt, met het gevolg dat deze tak na te zijn teruggezwiept een van zijn vrienden, genaamd Hudepohl, in het oog treft. Het oog van Hudepohl raakt zodanig beschadigd dat het niet kan worden behouden. Is Werink aansprakelijk voor de schade die voor Hudepohl uit het verlies van zijn oog voortvloeit?

De Rechtbank beantwoordt deze vraag (in de verzetprocedure) ontkennend. Het is naar haar mening niet abnormaal gevaarlijk

165. HR 8 januari 1982, NJ 1982, 614 (CJIIIB) (Natronloog).

om tijdens een boswandeling met vrienden zonder om te kijken tegen een tak te schoppen; dit behoort juist tot hetgeen deelnemers aan een boswandeling redelijkerwijs van elkaar kunnen verwachten. Een en ander werd nog aangevuld met het oordeel dat de mate van waarschijnlijkheid dat door het onderhavige gedrag oogletsel ontstaat niet groot genoeg is om het op die grond onrechtmatig te achten.

Het Hof beoordeelt de situatie fundamenteel anders. Het stelt dat Werink zich, mede gelet op zijn leeftijd, had moeten realiseren dat een tak waartegen wordt getrapt kan terugzwiepen en een ander kan verwonden, alsmede dat Werink rekening had moeten houden met de mogelijkheid dat Hudepohl zich in zijn onmiddellijke nabijheid bevond. Door zich van dit alles onvoldoende rekenschap te geven, heeft Werink onrechtmatig gehandeld jegens Hudepohl.

Anders dan A-G De Vries Lentsch-Kostense, die met het Hof van oordeel is dat Werink meer risico heeft genomen dan in het gegeven geval verantwoord was, meent de Hoge Raad dat de beslissing van het Hof niet door de beugel kan. Het Hof heeft het in aansprakelijkheidskwesties als de onderhavige beslissende criterium, te weten of de mate van waarschijnlijkheid van een ongeval als gevolg van het gevaarscheppende gedrag van Werink zo groot was dat deze zich naar maatstaven van zorgvuldigheid van dat gedrag had behoren te weerhouden en door dat niet te doen onrechtmatig heeft gehandeld, volgens de Hoge Raad uit het oog verloren. De enkele mogelijkheid van schade als gevolg van bepaald gedrag vestigt nog geen aansprakelijkheid. Vereist is dat de kans op schade zo groot is, met andere woorden de schade moet zodanig voorzienbaar zijn, dat de betrokkene zijn gedrag op die grond achterwege had behoren te laten. Het Hof heeft een onderzoek op dit punt ten onrechte achterwege gelaten.

De Hoge Raad voegt daar overigens nog aan toe dat de voor dit onderzoek noodzakelijk feitelijke grondslag i.c. ook ontbreekt. In de feitelijke instanties is kennelijk onvoldoende gesteld c.q. komen vast te staan omtrent de precieze toedracht van het ongeval. Dit betekent dat het er in het kader van procedures op het terrein van de gevaarstelling op aan komt voldoende feiten en omstandigheden aan te dragen om een onderzoek naar de mate van waarschijnlijkheid van het intreden van schade mogelijk te maken.

Tot zover de voorzienbaarheid van schade als het centrale criterium binnen deze aansprakelijkheidscategorie. Soms is de voorzienbaarheid van schade de enige toetsingsfactor,¹⁶⁶ soms wordt zij al dan niet expliciet aangevuld met andere factoren. Deze andere relevante factoren worden hierna bezien.

3.4.5 *De aard en de ernst van de (te verwachten) schade*

Aandacht verdient allereerst de aard en de ernst van de (te verwachten) schade. Dat is, evenals de voorzienbaarheid, een toetsingscriterium dat zowel in de gevaarzettingsrechtspraak als in het hier centraal staande rijtje van factoren is terug te vinden. Hierbij verdient aantekening dat de aard en de ernst van de (te verwachten) schade in de gevaarzettingsrechtspraak niet altijd een even expliciete rol speelt. Nadat deze factor in het Kelderluikarrest¹⁶⁷ uitdrukkelijk is aangeduid als een van de voor de beoordeling van de aansprakelijkheid relevante factoren, is er in de jurisprudentie van de Hoge Raad niet meer zo vaak uitdrukkelijk aandacht aan besteed. Dit betekent echter niet dat de aard van de (te verwachten) schade bij de beoordeling van de (omvang van de) aansprakelijkheid in de praktijk niet van belang is. Zeker bij de toetsing door de lagere rechter, die regelmatig plaatsvindt aan de hand van de 'Kelderluik-criteria', wordt de aard van de (te verwachten) schade vaak uitdrukkelijk in aanmerking genomen.¹⁶⁸ Soms ook zal de onderhavige factor verschoen zitten in de aard en de ernst van het gevaar. Naarmate de (te verwachten) schade wat betreft aard en ernst meer beschermenswaard is, zal ook de aard en de ernst van het gevaar toenemen. Juist deze aard en ernst van het gevaar speelt in de

166. Zie bijvoorbeeld HR 2 december 1966, NJ 1967, 42 (GJS) (Haringkar); HR 22 april 1994, NJ 1994, 624 (CJIB) ('Taxis'); HR 9 december 1994, RvdW 1994, 271 (Schoppen tegen tak).

167. HR 5 november 1965, NJ 1966, 136 (GJS).

168. Vergelijk bijvoorbeeld de uitspraak van het Hof in het arrest van de val na de sprong van de trampoline, te kennen uit HR 14 juni 1985, NJ 1985, 736. Zie voorts de conclusie van A-G Franx voor het Natronloog-arrest, NJ 1982, 614, blz. 2148 l.k. die erop wijst dat de aard van de te verwachten schade in dat geval dermate ernstig is dat dit een verzwaring van de te stellen zorgvuldigheidseisen rechtvaardigt.

jurisprudentie vaak wel een expliciete rol en slokt daarmee de onderhavige factor in bepaalde gevallen op.

Wat betreft de aard van de (te verwachten) schade kan een indeling worden gemaakt in persoonsschade en vermogensschade.¹⁶⁹ Wanneer bij verwezenlijking van het gevaar persoonsschade dreigt te ontstaan, zal het gevaar in de regel ernstiger worden geacht en zal worden uitgegaan van strengere zorgvuldigheidseisen dan wanneer 'slechts' sprake is van dreigende vermogensschade. Een duidelijk te onderkennen kans op persoonsschade voor zich in de omgeving bevindende derden vereist een grotere inspanning en een verdergaande zorgvuldigheid van de laedens op het punt van de te nemen voorzorgsmaatregelen en leidt derhalve sneller tot aansprakelijkheid dan de dreiging van vermogensschade.¹⁷⁰

Deze indeling in soorten schade is ook van belang voor de omvang van de aansprakelijkheid. In geval van persoonsschade wordt ruimer toegerekend dan wanneer de gelaedeerde ten gevolge van de verwezenlijking van het gevaar alleen vermogensschade heeft geleden. Dat is recentelijk nog weer eens gebleken in het arrest Ziekenhuis De Heel – Korver c.s., waarin het gaat om een patient die na een operatie door het ontbreken van voldoende beveiliging in de uitslaapkamer van het ziekenhuis uit bed valt. Hij loopt daarbij een verwonding op aan zijn oog, die uiteindelijk tot blindheid leidt.¹⁷¹ Hoewel niet direct te verwachten is dat iemand die uit bed valt zijn oog zodanig beschadigt dat hij blind wordt, rekent het Hof dit letsel, dat te maken zou kunnen hebben met verhoogde kwetsbaarheid/predispositie van de benadeelde, zonder meer toe. Deze toepassing van het adagium

169. In het kader van de toerekening wordt vaak uitgegaan van een meer gedetailleerde indeling, in die zin dat de vermogensschade nog nader wordt onderverdeeld. Zie met name C.J.H. Brunner, VR 1981, blz. 216. Een zodanige gedetailleerde schade-indeling lijkt op het onderhavige terrein op basis van de rechtspraak echter niet gerechtvaardigd.

170. Vergelijk met name het oordeel van het Hof in het arrest van de val na de sprong van de trampoline, te kennen uit HR 14 juni 1985, NJ 1985, 736, alsmede de conclusie van A-G Frankx voor HR 8 januari 1982, NJ 1982, 614, blz. 2148 l.k.

171. HR 13 januari 1995, RvdW 1995, nr. 31. Nu het arrest zo duidelijk op de grens van de gevaarzetting en de medische beroepsaansprakelijkheid ligt, komt het bij beide aansprakelijkheidscategorieën aan de orde. Vergelijk voor de medische aansprakelijkheid par. 3.3.7.1.

'de dader moet het slachtoffer nemen zoals hij het aantreft' wordt ook door de Hoge Raad onderschreven. Hierbij verdient opmerking dat deze ruime toerekening niet alleen is gebaseerd op de aard van de ontstane schade, maar ook samenhangt met de aard van de overtreden norm. Dat is weliswaar geen 'kelderluikcriterium', maar wel een factor die deel uitmaakt van de hier centraal staande toetsingsnormen. Hij verdient dan ook afzonderlijke behandeling.

3.4.6 *Aard van de overtreden norm*

Uit de jurisprudentie – buiten het specifieke terrein van de gevaarstelling – is bekend is dat in geval van overtreding van verkeers- en veiligheidsnormen ruimer wordt toegerekend, in die zin dat gemakkelijker ook minder goed voorzienbare schade voor vergoeding in aanmerking komt, dan bij overtreding van zorgvuldighedsnormen. De vraag is nu of het scheppen dan wel laten voortbestaan van een voor derden mogelijk gevaarlijke situatie 'slechts' heeft te gelden als schending van een zorgvuldighedsnorm dan wel moet worden aangemerkt als handelen c.q. nalaten in strijd met een veiligheidsnorm.

Dat onderscheid tussen de verschillende typen te overtreden normen is op het terrein van de gevaarstelling aan de orde geweest in het arrest inzake Tamara van Uitert ofwel Jumbo III.¹⁷² Deze uitspraak is nog een uitvlocisel van het bekende geval van de warmwaterkruik, die lekte doordat de schroefdop niet goed paste op de zitting en die daardoor de uiteindelijke oorzaak vormde van ernstig letsel bij de baby, bij wie de bewuste kruik in de wieg was gelegd. Nadat de ziektekostenverzekeraar van de gelaedeerde baby in een regresactie de producent van de kruik had aangesproken,¹⁷³ vorderde nu het inmiddels volwassen slachtoffer 24 jaar na dato van het Kraamcentrum vergoeding van zijn schade. Zowel de Rechtbank als het Hof wijzen de vordering af. De Hoge Raad vernietigt het arrest van het Hof, omdat daarin onvoldoende rekening is gehouden met de omstandigheid dat de toenmalige kraamverzorgster door gebruik te maken van een Jumbokruik in strijd handelde met de uitdrukkelijke

172. HR 1 oktober 1993, NJ 1995, 182 (CJHB).

173. HR 2 februari 1973, NJ 1973, 315.

instructie van het Kraamcentrum, om uitsluitend gebruik te maken van de eigen, zogenaamde Jordense veiligheidskruiken van het Kraamcentrum (die geheel waren afgesloten, met olie waren gevuld en in water moesten worden verwarmd). Naar de mening van de Hoge Raad gaat het daarbij om een uitdrukkelijk en stringent geformuleerd, in de kraamverpleging gebruikelijk *veiligheidsvoorschrift*, dat er klaarblijkelijk toe strekt om hulpeloze baby's tegen het gevaar van zeer ernstig *letsel* te beschermen. Daaraan voegt de Hoge Raad toe dat wanneer een zodanig veiligheidsvoorschrift wordt overtreden en het gevaar, waartegen het de betrokken baby beoogt te beschermen, zich verwezenlijkt, de aansprakelijkheid voor de schadelijke gevolgen in beginsel is gegeven. De kraamverzorgster c.q. haar werkgever kan aan deze aansprakelijkheid slechts ontkomen door te stellen en zodoende te bewijzen dat voor het niet inachtnemen van het veiligheidsvoorschrift voldoende klemmende redenen bestonden en dat daarbij bovendien alle voorzorgsmaatregelen zijn genomen die naar toenmalige inzichten nodig waren om de verwezenlijking van het gevaar te voorkomen.

Hiermee blijkt allereerst dat de aard van de overtreden norm niet alleen een rol speelt bij de bepaling van de omvang van een eenmaal vaststaande aansprakelijkheid, maar ook bij de vestiging van de aansprakelijkheid niet uit het oog mag worden verloren. Wanneer een veiligheidsnorm, die erop is gericht letsel schade te voorkomen, niet in acht wordt genomen en het gevreesde letsel daardoor intreedt, wordt in beginsel aansprakelijkheid aangenomen. Verder kan uit het arrest worden afgeleid dat een voorschrift, om het karakter van een veiligheidsnorm in de hier bedoelde zin te hebben, niet algemeen bekend behoeft te zijn. De instructie van het Kraamcentrum, die door de Hoge Raad als veiligheidsvoorschrift wordt gekarakteriseerd, was immers in beginsel slechts voor intern gebruik bedoeld.

De volgende vraag is dan of een voorschrift op schrift gesteld moet zijn om als veiligheidsnorm te kunnen gelden. Aannemelijk is dat het in de zaak rondom Tamara van Uitert gaat om een geschreven norm, zij het dat de strekking van de norm niet direct duidelijk was. Dat het geschreven karakter geen voorwaarde is om een norm als veiligheidsnorm te kunnen aanmerken, is inmiddels gebleken in de hiervoor reeds genoemde uitspraak in-

zake Ziekenhuis De Heel-Korver.¹⁷⁴ Daarin oordeelt de Hoge Raad, in het kader van de vraag naar de toerekening van de schade, dat het ziekenhuis is tekortgeschoten in het nemen van maatregelen ten behoeve van de veiligheid van de patiënt *en daarmee een veiligheidsnorm heeft geschonden*. Daarbij realiseer ik me dat het in dat arrest gaat om de relatie ziekenhuis/patiënt,¹⁷⁵ dat er bovendien sprake is van letselschade en dat deze beide factoren kunnen hebben bijgedragen aan de ruime benadering van het begrip veiligheidsnorm waarvoor de Hoge Raad in dit arrest kiest. Daar staat echter tegenover dat het arrest geen uitdrukkelijke aanwijzingen bevat voor een beperkte interpretatie van de gegeven regel.¹⁷⁶ Er lijkt dan ook weinig op tegen om het niet nemen van veiligheidsmaatregelen ten behoeve van derden, in gevallen waarin dit in verband met het gevaar van letselschade wel kan worden gevegd, meer in het algemeen aan te merken als een schending van een (veelal ongeschreven) veiligheidsnorm met alle gevolgen voor de vestiging en de omvang van de aansprakelijkheid vandie.

Daarbij verdient opmerking dat het hier gaat om een kwalificatie achteraf, dat wil zeggen als de beslissing omtrent de aansprakelijkheid al is genomen. Eerst moet immers worden beslist of het nemen van veiligheidsmaatregelen geleet op de omstandigheden van het geval kon worden gevegd. Pas wanneer deze vraag bevestigend is beantwoord, en de aansprakelijkheidsvraag derhalve reeds is beslist, kan het niet nemen van de maatregelen worden aangemerkt als de overtreding van een veiligheidsnorm. Daarmee is het kenmerk veiligheidsnorm in feite niet meer dan een etiket dat achteraf aan de overtreden norm wordt toegekend. Dat etiket vervult niet of nauwelijks een functie bij de beantwoording van de aansprakelijkheidsvraag, maar biedt wel hulp bij de bepaling van de omvang van een eenmaal vastgestelde aansprakelijkheid.

174. HR 13 januari 1995, RvdW 1995, 31.

175. Dat niet alleen de patiënt zelf, maar ook de Staat en het ABP (in het kader van een regressactie) als eisende partij optraden, doet daaraan niet af.

176. Voor de conclusie van A-G Hartkamp op dit punt geldt hetzelfde.

3.4.7 De bezwaarlijkheid van voorzorgsmaatregelen

Bij de beoordeling van de (omvang van de) aansprakelijkheid voor gevaarlijke situaties wordt vaak ook nagegaan of het mogelijk was om voorzorgsmaatregelen te nemen en, zo ja, hoe lastig en kostbaar dergelijke voorzorgsmaatregelen voor de laedens waren.¹⁷⁷ Naarmate het voor de laedens eenvoudiger was om zonder veel extra kosten veiligheidsmaatregelen te nemen – die hij niet heeft genomen – zal zijn schuld aan het schadegebeuren groter zijn en is aannemelijk dat sneller aansprakelijkheid wordt aangenomen.¹⁷⁸

Het betreft hier een criterium dat nogal specifiek is toegesneden op de onderhavige aansprakelijkheids categorie en dat niet direct kan worden herleid tot een van de in dit preadvies centraal staande toetsingsfactoren.

3.4.8 De rol van de gelaedeerde

In par. 3.4.3 is besproken welke invloed de van mogelijke gelaedeerden te verwachten oplettendheid en voorzichtigheid op de voorzienbaarheid van schade heeft. Het ging daar niet om de rol die de concrete gelaedeerde feitelijk bij het schadegebeuren heeft gespeeld. Ook deze bijdrage van de gelaedeerde aan de verwezenlijking van het gevaar en daarmee aan het ontstaan van de schade is blijkens het Kelderluikarrest echter een voor de beoordeling van de (omvang van de) aansprakelijkheid relevante factor. Welke invloed deze factor precies heeft op de vestiging en de omvang van de aansprakelijkheid is in de gevaarzettingsjurisprudentie nog nauwelijks aan de orde geweest.

Op basis van het arrest Taams-Boudeling¹⁷⁹ lijkt te moeten worden aangenomen dat de eigen bijdrage van de gelaedeerde allereerst langs de weg van het onrechtmatigheidsoordeel kan meebrengen dat iedere aansprakelijkheid van de laedens ont-

177. Vergelijk bijvoorbeeld HR 26 maart 1982, NJ 1983, 335 (CJHB) (IBC-Slokkers); HR 6 november 1981, NJ 1982, 567 (CJHB). Zie voorts het oordeel van het Hof in het arrest van de val van de trampoline, te kennen uit HR 14 juni 1985, NJ 1985, 736; alsmede de conclusie van A-G Franx voor HR 8 januari 1982, NJ 1982, 614, blz. 2148 l.k.; HR 13 januari 1995, RvdW 1995, nr. 31.

178. Dat blijkt overigens niet uitdrukkelijk uit de jurisprudentie.

179. IIR 31 maart 1995, RvdW 1995, 83.

breekt. Het gaat in deze uitspraak om een handgemeen tussen een restauranthouder en een bezoeker van het restaurant. De restauranthouder had op basis van het gedrag van de bezoeker kennelijk de indruk gekregen dat deze wilde vertrekken zonder te betalen. Vlak bij de uitgang greep de restauranthouder de bezoeker daarom bij de kraag, waarna de bezoeker terwijl hij zich omdraaide een beweging met zijn arm maakte en daarbij de restauranthouder in zijn gezicht raakte. Dat leidde ertoe dat de restauranthouder de bezoeker een klap gaf, waardoor deze omviel en letsel opliep. Naar de mening van het Hof, en de Hoge Raad laat dit oordeel in stand, is het gedrag van de restauranthouder – hoewel in beginsel onrechtmatig – zo zeer uitgelokt door het handelen van de bezoeker dat het gedrag van de restauranthouder *jegens de bezoeker* niet onrechtmatig is. En zelfs al zou de onrechtmatigheid van het gedrag van de restauranthouder niet geheel worden opgeheven door het handelen van de bezoeker, zo vervolgt het Hof, dan zou de schadevergoedingsplicht van de restauranthouder vanwege de uiteenlopende ernst van de wederzijds gemaakte fouten nog op nihil dienen te worden gesteld.¹⁸⁰

Hieruit blijkt dat de bijdrage van de gelaedeerde aan het schadegebeuren, behalve bij het onrechtmatigheidsoordeel, ook aan de orde kan komen in het kader van de eigen-schuldtoetsing. De inbreng van de gelaedeerde kan dan op basis van de in art. 6:101 BW bedoelde causaliteitsafweging leiden tot een vermindering van de aan hem te vergoeden schade.¹⁸¹

Welke invloed de eventuele eigen bijdrage van de gelaedeerde precies heeft, kan naar mijn mening niet los worden gezien van de in het kader van de voorzienbaarheid besproken vraag naar de van mogelijke gelaedeerden te verwachten oplettendheid en

180. Hoe zeer het oordeel over de juridische implicaties van dergelijke, sterk met de (niet altijd even duidelijke) feiten samenhangende 'huis tuin en keuken-schadegevallen' voor betwisting vatbaar is, wordt weer eens bevestigd door het commentaar op het onderhavige arrest van J.M. van Dunné, NJB 1995, blz. 1139, 1140.

181. Vergelijk bijvoorbeeld HR 20 maart 1992, NJ 1993, 547 (CJHB) (Busshuis). Opmerking verdient dat in deze uitspraak bij de beoordeling van de eigen schuld betekenis wordt toegekend aan de omstandigheid dat de benadeelde een verkeersnorm heeft overtreden, zodat er plaats is voor een ruime toerekening van (ook zaak!) schade aan deze benadeelde.

voorzichtigheid. Naarmate de laedens er immers sterker rekening mee had moeten houden dat personen die door het gevaar werden bedreigd niet de noodzakelijke voorzichtigheid in acht zouden nemen, was niet alleen de schade in meerdere mate voorzienbaar, maar zal tevens de uiteindelijke bijdrage van de gelaedeerde minder invloed hebben op de vestiging of de omvang van de aansprakelijkheid. Verdedigbaar is immers dat *te verwachten onvoorzichtigheid* van de (mogelijke) gelaedeerde, ongeacht of het wordt meegenomen bij de beoordeling van de onrechtmatigheid dan wel bij de toepassing van de causaliteitsmaatstaf van art. 6:101 BW, geacht moet worden voor rekening van de laedens te komen. Een zodanige onvoorzichtigheid zal derhalve niet in de weg staan aan het oordeel dat de laedens onrechtmatig heeft gehandeld en ook geen eigen schuld van de gelaedeerde opleveren.¹⁸²

3.4.9 Verband met de relevante risico-aansprakelijkheden

Gevaarlijke situaties behoeven niet altijd samen te hangen met ongeoorloofd gedrag van de verantwoordelijke persoon. Denkbaar is ook dat het gevaar en uiteindelijk de schade ontstaat door een bepaalde zaak zonder dat er iemand is die toerekenbaar onrechtmatig handelt. In sommige gevallen leidt dat dan toch tot aansprakelijkheid, te weten wanneer is voldaan aan de voorwaarden van een van de bijzondere aansprakelijkheden van afdeling 6.3.2. Van belang zijn in dit verband art. 6:173-176 BW. In al deze bepalingen wordt de *bezitter dan wel de bedrijfsmatig gebruiker* van de daar genoemde zaken onder bepaalde voorwaarden aansprakelijk gesteld voor de schade die door deze zaken wordt veroorzaakt. De grondslag voor deze aansprakelijkheid is bij alle bepalingen die hier in het geding zijn, dat de desbetref-

182. Vergelijk HR (1 februari 1955, NJ 1955, 218 (LEHR), waar de met grote mate van waarschijnlijkheid te verwachten onvoorzichtigheid van de benadeelde wordt aangemerkt als 'zo begrijpelijk en verschoonbaar dat daarvan geen verwijt kan worden gemaakt'.

Zelfs wanneer in een bepaald geval wel eigen schuld zou worden aangenomen, zou de omstandigheid dat de onvoorzichtigheid te verwachten was, leiden tot toepassing van de billijkheidscorrectie aan het slot van art. 6:101 BW en daarmee tot een aangepaste schadeverdeling ten gunste van de gelaedeerde.

fende zaken een bron van verhoogd gevaar zijn.¹⁸³ Zo is bekend dat gebrekkige roerende zaken of opstallen gevaarlijk zijn, dat wil zeggen een grotere kans op schade voor derden bieden dan 'normale' roerende zaken op opstallen. Hetzelfde geldt voor gevaarlijke stoffen. Een en ander is in de formulering van de relevante bepalingen ook terug te vinden. Een der voorwaarden voor aansprakelijkheid is dat de roerende zaak, de opstal of de stof, hetzij door gebrekkigheid (voor zover het gaat om roerende zaken en opstallen) hetzij door de eigen aard (voor zover het gaat om een stof) een – bijzonder – gevaar voor personen of zaken oplevert dan wel kan opleveren. Juist dit (bijzondere) gevaar doet het gerechtvaardigd zijn om degene die voor de zaken verantwoordelijk moet worden geacht te belasten met het risico dat door de verwezenlijking van het gevaar schade voor derden ontstaat. Deze verantwoordelijke persoon is zoals gezegd de bezitter of de bedrijfsmatig gebruiker van de zaak.¹⁸⁴

Al met al berusten de in afdeling 6.3.2 neergelegde risico-aansprakelijkheden voor bepaalde categorieën van gevaarlijke zaken op soortgelijke overwegingen als de op art. 6:162 BW gebaseerde aansprakelijkheid voor gevaarlijke situaties of gevaarlijk gedrag. De risico-aansprakelijkheden berusten blijkens het voorgaande immers op het verhoogde gevaar dat is verbonden aan de zaken, die het voorwerp van de aansprakelijkheid zijn. Dat staat in wezen op een lijn met de voorzienbaarheid van schade die de zaken voor derden kunnen veroorzaken, welke voorzienbaarheid ook bij de op art. 6:162 BW gebaseerde aansprakelijkheid voor gevaarsituaties het centrale criterium voor de beoordeling van de (omvang van de) aansprakelijkheid bleek te zijn. Daarmee is de voorzienbaarheid van schade voor derden bij beide typen van aansprakelijkheid voor gevaarzetting de belangrijkste rechtvaardiging voor de aansprakelijkheid. Wanneer aan een bepaalde zaak, een bepaalde situatie of bepaald gedrag zodanige gevaren zijn verbonden dat voorzienbaar is dat daardoor schade voor derden kan ontstaan, is het redelijk om degene die voor het

183. Zie vooral de MvT bij de wet inzake de aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen (de huidige art. 6:175-178 BW), nr. 21-202, TK 1988-1989, nr. 3, blz. 6. Vergelijk ook C.J.M. Klaassen, *Risico-aansprakelijkheid*, diss., blz. 82, 83.

184. Of de bezitter dan wel de bedrijfsmatig gebruiker altijd de meest aangewezen persoon is, blijft hier buiten beschouwing.

gevaar verantwoordelijk moet worden geacht aansprakelijk te houden als het gevaar zich inderdaad verwezenlijkt en daardoor schade ontstaat. De verantwoordelijkheid voor het gevaar kan berusten op hetzij de relatie met de zaak die het gevaar doet ontstaan, hetzij het niet nemen van de vereiste maatregelen om de verwezenlijking van het gevaar te voorkomen c.q. de kans daarop te verminderen.

In het eerste geval wordt de voorzienbaarheid van schade als het ware voorondersteld. Of de schade ook in het concrete geval voorzienbaar was, speelt geen rol en behoeft dus niet te worden nagegaan. In het tweede geval ligt dat anders. Dat de schade in het concrete geval voldoende voorzienbaar was, is daar wel degelijk een voorwaarde voor aansprakelijkheid. Slechts wanneer de schade voldoende voorzienbaar was, had de laedens de verplichting daarop zijn gedrag af te stemmen. Ook alleen dan kan hij op basis van de niet nakoming van deze verplichting voor de door de verwezenlijking van het gevaar ontstane schade aansprakelijk worden geacht.

Juist omdat de beide typen van aansprakelijkheid voor gevaar-zetting zo zeer op dezelfde gedachten blijken te berusten, geeft het verschil in uitwerking tussen de beide typen te denken. Het maakt voor het slachtoffer een aanzienlijk verschil of hij een relatie kan leggen tussen het gevaar dat zich heeft verwezenlijkt en een bepaalde roerende zaak, opstal of stof of dat deze relatie ontbreekt en hij zijn toevlucht moet nemen tot art. 6:162 BW. Het is de vraag of dat verschil in bescherming van het slachtoffer altijd zo redelijk is. We kunnen er echter niet om heen dat het ondoenlijk is om voor ieder type van gevaarzetting een specifieke aansprakelijkheid in afdeling 6.3.2 BW neer te leggen. Ook een algemene aansprakelijkheidsregeling voor gevaarzetting die verder gaat dan art. 6:162 BW lijkt niet aangewezen. Het gaat hier immers juist om een buitengewoon grote diversiteit van gevallen, die niet onder de noemer van een algemene regeling kunnen worden gebracht. Er zit al met al niets anders op dan voort te gaan op de ingeslagen weg en de specifieke regelingen te beperken tot gevaarzetting die te maken heeft met bepaalde typen van zaken. De overige gevaarzettingssituaties zullen dan aan de hand van de ontwikkelde criteria beoordeeld moeten worden op basis van art. 6:162 BW.

3.4.10 Afsluiting

Uit het voorgaande volgt dat gevallen van gevaarzetting deels kunnen worden gebracht onder bepaalde in afdeling 6.3.2 BW neergelegde risico-aansprakelijkheden, terwijl de aansprakelijkheidsvraag voor het overige moet worden beantwoord op basis van art. 6:162 BW. Daarbij zijn in de jurisprudentie inmiddels enkele toetsingscriteria ontwikkeld, maar dat neemt niet weg dat de concrete beslissingen op dit terrein een wisselend beeld te zien geven. Het oordeel over de vestiging en de omvang van de aansprakelijkheid is in hoge mate afhankelijk van de omstandigheden van het geval en wordt, met name als het gaat om de invloed van de voorzienbaarheid van schade, ook sterk bepaald door de wijze waarop de 'beslissers' tegen de zaak aankijkt. Hetgeen voor de een voorzienbaar is, behoeft dat voor de ander niet direct te zijn.

Van een uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid is binnen deze aansprakelijkheidscategorie naar mijn mening geen sprake. De toepassing van de in het Kelderluikarrest en latere jurisprudentie ontwikkelde toetsingsfactoren is niet duidelijk strenger geworden. Zij leidt, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, de ene keer tot aansprakelijkheid en de andere keer niet. Wel werd hiervoor geconstateerd dat in de rechtspraak een tendens lijkt te bestaan om bij schade die ontstaat door zogenaamde huis, tuin en keuken gevaren minder snel aansprakelijkheid aan te nemen dan wanneer de gevaarzetting samenhangt met de technische en industriële ontwikkeling van de samenleving. Daarmee valt ten dele samen dat schade door gevaarzetting in de particuliere sfeer minder gemakkelijk tot aansprakelijkheid lijkt te leiden dan wanneer de verwezenlijking van een bepaald gevaar en de daaraan verbonden gevolgen zijn terug te voeren naar een overheidsorgaan of een particuliere rechtspersoon. Deze tendensen wijzen echter niet op een *algemene* ontwikkeling naar een ruimere aansprakelijkheid voor gevaarzetting. Deze heb ik in de rechtspraak dan ook niet kunnen signaleren.

§ 3.5 Aansprakelijkheid in het kader van sport en spel

3.5.1 Algemeen

Het komt regelmatig voor dat door gedragingen van deelnemers aan een sport of spel schade wordt toegebracht aan andere deelnemers of aan derden. Dergelijke schadeveroorzakende gedragingen zullen in de regel binnen de hiervoor behandelde categorie van de gevaarzetting vallen. Omdat echter algemeen wordt aangenomen dat bij sport en spel tussen de deelnemers onderling andere dan de 'normale' normen gelden voor de beoordeling van de aansprakelijkheid, verdient het aanbeveling deze kwestie voor sport- en spelsituaties afzonderlijk te bezien.

Daarmee rijst direct de vraag wanneer een gedraging geacht moet worden te zijn verricht in het kader van sport of spel. In dat verband zijn verschillende criteria verdedigd.¹⁸⁵ Voorwaarde is in ieder geval dat de sport- of spelsituatie ten tijde van het schadegebeuren in gang was, of dat de schadeveroorzakende gedraging plaatsvond direct voorafgaande aan de start van de sport- of spelbeoefening dan wel tussen twee opeenvolgende sport- of spelsituaties in. Of dat het geval is, moet worden bepaald aan de hand van de omstandigheden van het concrete geval. Het gaat daarbij dus om een sterk feitelijk oordeel, dat soms evengoed anders had kunnen uitvallen.

Evenals de gevaarzetting vertoont de onderhavige aansprakelijkheids categorie duidelijke raakvlakken met de gevallen waarin de schade een gevolg is van een ongelukkige samenloop van omstandigheden. Bij vele sporten en spelen staan in ieder geval de deelnemers en wellicht ook de toeschouwers bloot aan grotere gevaren dan waarop men in het maatschappelijk leven normaal gesproken bedacht behoeft te zijn. Denk alleen maar aan de voetbalsport, waar de deelnemers onderling meestal niet al te zachtzinnig met elkaar omgaan en waar ook de toeschouwers bepaalde – overigens zeker niet alleen met de activiteiten van de voetballers samenhangende – risico's lopen. Lang niet alle in het kader van sport of spel ontstane schade leidt tot aansprakelijk-

185. Zie OD VIII.5 (Hartlief en Tjittes), aant. 2. Vergelijk over de aard van het verschijnsel sport en spel ook H.T. van Staveren, *Op de grens van sportregel en rechtsregel*, rede 1992, blz. 9 e.v.

heid van de schadeveroorzaker. De specifieke binnen deze categorie werkzame aansprakelijkheidsnormen, waarover meer in par. 3.5.3, brengen mee dat ook wanneer de schade is veroorzaakt door gedragingen die in het normale maatschappelijk verkeer als onrechtmatig zouden worden aangemerkt vaak aansprakelijkheid van de schadeveroorzaker uitblijft. De schade wordt dan geacht te zijn veroorzaakt door een ongelukkige samenloop van omstandigheden.^{186, 187}

De jurisprudentie op het terrein van sport en spel heeft met name betrekking op de vestiging van de aansprakelijkheid en meer speciaal op de vraag naar de onrechtmatigheid van het handelen van de schadeveroorzaker. Daarop zal hierna dan ook de nadruk liggen. De omvang van de aansprakelijkheid speelt binnen deze categorie een ondergeschikte rol, omdat daarover weinig bijzonderheden te melden zijn.

Bij de bespreking van de aansprakelijkheidsvraag dient, voor zover het gaat om de persoon van de gelaedeerde, te worden onderscheiden tussen schadelijgende deelnemers en gelaedeerde derden, als toeschouwers en willekeurige passanten. Wat de mogelijkerwijs aansprakelijke persoon betreft, moet een onderverdeling worden gemaakt in deelnemers aan sport of spel enerzijds en niet-deelnemers, zoals organisatoren van sport- of spelevenementen, exploitanten van sportcomplexen en instructeurs, anderzijds. Voordat op deze wijze min of meer systematisch wordt nagegaan welke lijnen in de beschikbare rechtspraak kunnen worden onderscheiden, is het aardig om te bepalen tot welke uitkomst een algemene toetsing van de onderhavige aansprakelijkheidscategorie aan de in dit preadvies centraal staande factoren in combinatie met de in par. 3.4.2 weergegeven gevaarzettingcriteria leidt. Ook daarbij zal zo nodig worden onderschei-

186. Heel expliciet werd dit verwoord in HR 19 oktober 1990, NJ 1991, 621 (CJHB). Vergelijk bijvoorbeeld ook Hof 's-Hertogenbosch 30 mei 1994, NJ 1995, 103. Zie ook C.J.H. Brunner, in zijn noot onder HR 28 juni 1991, NJ 1992, 622.

187. Daarbij moet worden bedacht dat de benaming 'ongelukkige samenloop van omstandigheden' ook hier geen afzonderlijke rubriek van mogelijke aansprakelijkheidsgevallen omvat, maar veeleer een etiket is dat achteraf wordt geplakt op schadeveroorzakende gebeurtenissen waar geen aansprakelijkheid van een derde wordt aangenomen. Vergelijk par. 3.4.1.

den tussen deelnemers en niet deelnemers als mogelijkerwijs aansprakelijke personen.

3.5.2 Toetsing aan de relevante factoren

Een factor die bij sport en spel in de regel zal pleiten voor een snelle vestiging van en een ruime omvang van de aansprakelijkheid is de *aard van de schade*. Meestal zal uit 'ongevallen' in het kader van sport en spel immers letselschade voortvloeien. En dat is een schadesoort die in vergelijking met bijvoorbeeld zaakschade of pure vermogensschade een grotere inspanning van de schadeveroorzaker vraagt om het intreden ervan te voorkomen en, wanneer zij eenmaal is ontstaan, in beginsel gemakkelijker tot aansprakelijkheid en een ruime toerekening van schade leidt.

Een volgende factor die bij sport en spel aanknopingspunten biedt voor een ruime aansprakelijkheid is de *voorzienbaarheid van schade* voor de veroorzaker. Daarbij is van belang dat het gevaar dat binnen de onderhavige categorie van aansprakelijkheid een rol speelt in het algemeen kenbaar is. Voor zover het gaat om mogelijke aansprakelijkheid van deelnemers geldt, dat bekend is dat sport en spel bepaalde risico's voor letselschade van andere deelnemers en onder bepaalde voorwaarden tevens van derden in zich draagt. Gaat het om mogelijke aansprakelijkheid van derden, als de organisator, de exploitant of de instructeur, dan zal de grondslag voor de aansprakelijkheid vaak gelegen zijn in het niet in acht genomen zijn van bepaalde veiligheidsmaatregelen. Ook daarvan is bekend dat er een reële kans op schade is voor degenen die betrokken zijn bij de sport of het spel. Duidelijk is voorts dat in ieder geval de deelnemers en wellicht ook derden die met de sport of het spel worden geconfronteerd, veelal niet de voorzichtigheid in acht zullen nemen die men in beginsel in het normale maatschappelijk verkeer mag verwachten. Dat uit bepaald gevaarzettend handelen of nalaten in het kader van sport of spel voor anderen schade kan voortvloeien, is dus zonder meer voorzienbaar.

Een derde factor die geen belemmering vormt voor een snelle vestiging en een ruime omvang van de aansprakelijkheid van zowel deelnemers als niet-deelnemers, is de *mogelijkheid om de schade te verzekeren*. Deelnemers aan sport of spel en derden die

op andere wijze bij sport of spel betrokken zijn kunnen hun mogelijke aansprakelijkheid voor schade van anderen in beginsel zonder problemen geheel verzekeren. Voor de mogelijke benadeelden is dat moeilijker. Zij moeten, nu het bij sport en spel veelal zal gaan om letselschade, hun heil zoeken bij hun ziektekosten- en arbeidsongeschiktheidsverzekeringen. Bij de eerste categorie van verzekeringen gelden vaak eigen risico's, terwijl bij de tweede categorie normaal gesproken slechts een deel van de schade is gedekt. Volledige dekking is hier uitermate kostbaar en niet gebruikelijk.

Een vierde te bespreken factor is gelegen in de *aard van de overtreden norm*. Bij de bespreking van de gevaarstelling werd geconstateerd dat de kwalificatie van een overtreden norm als veiligheidsnorm niet alleen gevolgen heeft voor de omvang van de aansprakelijkheid, maar ook voor de vestiging ervan. Wanneer letsel ontstaat door de overtreding van een veiligheidsnorm, die erop gericht is om letselschade te voorkomen, is de aansprakelijkheid in beginsel gegeven. Kunnen op het terrein van sport en spel dergelijke veiligheidsnormen worden onderscheiden? Gedacht zou kunnen worden aan spelregels die met name zijn gericht op de bescherming van de veiligheid van deelnemers onderling.¹⁸⁸ Ook kunnen er bepaalde (geschreven) veiligheidsvoorschriften zijn, die door niet-deelnemers als de organisator, exploitant of instructeur in acht genomen moeten worden. De overtreding van dergelijke geschreven (spel)regels zou in theorie een aanwijzing kunnen zijn voor een snelle vestiging en een ruime omvang van aansprakelijkheid.

Voor het overige zullen de overtreden normen op dit terrein in de regel ongeschreven zijn. Weliswaar kunnen ook ongeschreven normen het karakter van een veiligheidsnorm hebben, maar eerder bleek reeds dat het dan meestal gaat om een etiket dat de overtreden norm achteraf opgeplakt krijgt en dat derhalve weinig hulp biedt bij de beantwoording van de aansprakelijkheidsvraag als zodanig.¹⁸⁹ Het is niet zo moeilijk om, wanneer eenmaal vaststaat dat de schadeveroorzaker in het kader van

188. De overtreding van deze, met het oog op de bescherming van de deelnemers gegeven, spelregels behoeft blijkens de rechtspraak niet per definitie tot aansprakelijkheid te leiden. Vergelijk HR 28 juni 1991, NJ 1992, 622 (CJHB).

189. Zie par. 3.4.6.

sport en spel te ver is gegaan en dus aansprakelijk is, aan te nemen dat hij een veiligheidsnorm heeft overtreden. De aansprakelijkheidsvraag is dan echter reeds met behulp van andere criteria dan de aard van de overtreden norm beantwoord. Wel kan de aard van de norm dan nog een handvat vormen voor een ruime toerekening van de ingetreden schade.

Een criterium dat specifiek binnen de categorie van de gevaar-zetting wordt gebruikt en dat niet kan worden herleid tot een van de hier centraal staande toetsingsfactoren, is de *bezwaarlijkheid* van door de laedens te treffen *voorzorgsmaatregelen*. Naar mate het gemakkelijker zou zijn geweest om de schade door middel van veiligheidsmaatregelen te voorkomen, wordt sneller en ruimer aansprakelijkheid aangenomen. Wanneer de mogelijkerwijs aansprakelijke persoon één van de deelnemers aan de sport of het spel is, zal dit criterium niet direct van belang zijn. Een deelnemer kan immers niet zo gemakkelijk voorzorgsmaatregelen nemen die de schade voorkomen. Hij zou hoogstens luidkeels kunnen waarschuwen voordat hij tot de bewuste handeling overgaat. Dat kan echter, los van de vraag of het gezien de snelheid waarmee een en ander zich vaak afspeelt praktisch uitvoerbaar is, nauwelijks worden aangemerkt als een voorzorgsmaatregel in de hier bedoelde zin. Het enige dat de deelnemer ter voorkoming van schade werkelijk kan doen, is zich onthouden van het schadeveroorzakend handelen. Dat heeft echter met voorzorgsmaatregelen niets meer van doen.

De mate van bezwaarlijkheid van voorzorgsmaatregelen kan wel een rol spelen bij de beantwoording van de vraag naar de aansprakelijkheid van een niet-deelnemer, zoals de organisator van een sport- of spelevenement, de exploitant van een sportcomplex of de sport- c.q. spelinstructeur. Deze personen zijn immers veelal juist in de positie om geëigende veiligheidsmaatregelen te treffen. Voor de beoordeling van hun aansprakelijkheid zal derhalve wel degelijk van belang zijn hoe lastig deze maatregelen voor de desbetreffende persoon waren en welke prijs daaraan verbonden zou zijn geweest. De uitkomst van deze afweging en daarmee de invloed van dit criterium zal afhankelijk zijn van de omstandigheden van het geval.

Wanneer nu een tussenbalans wordt opgemaakt, lijkt er veel voor te zeggen om in het kader van sport en spel betrekkelijk snel en

ruim aansprakelijkheid aan te nemen. Er zijn immers drie factoren – te weten de aard van de schade, de voorzienbaarheid en de verzekeraarbaarheid van de schade – die duidelijk in deze richting wijzen. De als vierde besproken factor, de aard van de overtreden norm, is minder duidelijk, maar wijst in ieder geval niet de andere kant op. De vijfde factor, bestaande in de bezwaarlijkheid van voorzorgsmaatregelen, geldt slechts voor niet-deelnemende betrokkenen bij het sport- of spelevenement en is daarbij in haar werking afhankelijk van de omstandigheden van het geval.

Wat de mogelijke aansprakelijkheid van deelnemers betreft, verandert het beeld geheel wanneer we de *aard van de mogelijke aansprakelijkheid* en in combinatie daarmee de *verhouding tussen de betrokken partijen* in ogenschouw nemen. Van belang is dat de schade is ontstaan in het kader van een sport- of spelsituatie, waarin – naar algemeen bekend mag worden verondersteld – de risico's van (letsel)schade aanmerkelijk groter zijn dan in het 'normale' maatschappelijk leven. Dit gegeven is van grote invloed op de vestiging van de aansprakelijkheid van deelnemers. Iedereen die deelneemt aan een sport- of spelgebeuren, en datzelfde geldt tot op zekere hoogte ook voor hen die op andere wijze, bijvoorbeeld als toeschouwer, met sport of spel worden geconfronteerd, behoort rekening te houden met de voorzienbare gevaren die de desbetreffende sport- of spelsituatie meebrengt. Door zich in de sport- of spelsituatie te begeven, aanvaardt men als het ware meer schaderisico's dan daarbuiten.¹⁹⁰ Dat is een reden om, wanneer één van de voorzienbare gevaren zich verwezenlijkt, minder snel aansprakelijkheid van de schadeveroorzakende deelnemer aan te nemen dan de overige toetsingsfactoren objectief gezien zouden doen vermoeden. Deze invloed van de aard van de aansprakelijkheid en de verhouding tussen de betrokken partijen moet mijns inziens beperkt blijven tot de fase van de vestiging van de aansprakelijkheid en

190. Hiermee doel ik niet op een juridische figuur risico-aanvaarding die inmiddels door de Hoge Raad (28 juni 1991, NJ 1992, 622) in de ban is gedaan, maar op risico-aanvaarding als feitelijk gegeven. Vergelijk over de vraag of risico-aanvaarding een zelfstandig leerstuk is onder meer C.J.H. Brunner, RMTh 1975, blz. 351 e.v.; Mon. Nicuw BW B-36 (Spier), nr. 8; C.A. Streefkerk, WPNR 5505, 5506 en 5508.

behoort niet nog eens opnieuw een rol te spelen bij de bepaling van de omvang daarvan. Juist omdat in het kader van sport en spel verdergaande voorwaarden gelden voor de aansprakelijkheid van deelnemers, is er weinig reden om de achtergrond van het schadegebeuren ook nog eens bij de bepaling van de omvang van de schadevergoeding mee te laten spelen. Wanneer de aansprakelijkheid van een deelnemer eenmaal vaststaat, behoort de invulling ervan volgens de normale regels te verlopen. *Dan* is dus wel van belang dat het vaak zal gaan om letselschade en dat de schade voor de veroorzaker ervan voorzienbaar was. Dit betekent dat er, zodra de hobbels van de aansprakelijkheid is genomen, plaats is voor een ruime toerekening.

Dit neemt overigens niet weg dat er sprake kan zijn van eigen schuld van de schadelijder. Zoals uit het voorgaande volgt, kan deze eigen schuld niet bestaan in de sport- of spelsituatie als zodanig. Wel is denkbaar dat de gelaedeerde zich binnen de sport- of spelsituatie op een zodanige wijze heeft gedragen dat hij zelf mede verantwoordelijk moet worden geacht voor de schade. Dat kan aanleiding vormen voor het oordeel dat hij een deel van de schade voor eigen rekening moet nemen.

De aard van de aansprakelijkheid en de verhouding tussen de betrokken partijen zal behalve op de aansprakelijkheid van deelnemers ook van invloed zijn op de aansprakelijkheid van derden die betrokken zijn bij de sport of het spel. Dat geldt echter alleen wanneer de grondslag van de gestelde aansprakelijkheid zich beperkt tot de gevaren die inherent zijn aan de sport of het spel. Vaak ook zal de mogelijke aansprakelijkheid van niet-deelnemers haar basis vinden in het niet in acht genomen zijn van de vereiste veiligheidsmaatregelen. Een zodanig nalaten kan door de sport- of spelachtergrond in beginsel niet gerechtvaardigd worden en er is in dat geval dan ook geen reden om terughoudend te zijn bij de vestiging van de aansprakelijkheid. Veel eerder moet worden aangenomen dat derden, als organisatoren, exploitanten en instructeurs, op het punt van de vereiste veiligheidsmaatregelen een speciale verantwoordelijkheid hebben jegens de deelnemers en anderen die in het kader van sport of spel risico's lopen. De aard van de aansprakelijkheid en de verhouding tussen de betrokken partijen pleit dan, zeker wanneer het wordt gecombineerd met de werking van de eerder besproken factoren, eerder voor een snelle vestiging en een ruime om-

vang van de aansprakelijkheid dan voor enige terughoudendheid op dit punt.

Wel zou de sport- of spelachtergrond in het kader van de beoordeling van eventuele eigen schuld van de schadelijder een rol kunnen spelen. Vooral wanneer de benadeelde zich bewust in een ook voor hem kenbare gevaarsituatie heeft begeven, kan daarin een reden gelegen zijn hem een deel van de schade zelf te laten dragen.

Al met al dient de werking van de aard van de aansprakelijkheid in combinatie met de verhouding tussen partijen, voor zover het gaat om aansprakelijkheid van deelnemers, naar mijn mening te worden beperkt tot de vestiging van de aansprakelijkheid. In die fase pleit deze toetsingsfactor voor terughoudendheid. Bij de beoordeling van de omvang van de aansprakelijkheid is deze factor niet meer aan de orde en dient slechts te worden gerekend met de overige toetsingsfactoren, die wijzen in de richting van een ruime toerekening. Bij de mogelijke aansprakelijkheid van niet-deelnemers vormt de aard van de aansprakelijkheid in combinatie met de verhouding tussen de betrokken partijen slechts in uitzonderingsgevallen een reden voor terughoudendheid bij de vestiging van de aansprakelijkheid. Zodra de grondslag van de aansprakelijkheid is gelegen in het niet naleven van de vereiste veiligheidsmaatregelen, is er alle reden voor een snelle vestiging en in beginsel ook een ruime omvang van de aansprakelijkheid.

Het voorgaande blijkt betrekkelijk goed te sporen met het beeld dat de jurisprudentie te zien geeft. Het wordt tijd om op deze jurisprudentie nader in te gaan.

3.5.3 De jurisprudentie over aansprakelijkheid van deelnemers

3.5.3.1 Jegens andere deelnemers

Het grootste deel van de jurisprudentie op het terrein van sport en spel heeft betrekking op de vraag naar de aansprakelijkheid van deelnemers voor aan een of meer andere deelnemers toegebrachte schade. Uitgangspunt daarbij is dat tussen deelnemers onderling minder strenge zorgvuldigheidsnormen gelden dan in het normale maatschappelijk verkeer, zodat ook minder snel tot aansprakelijkheid mag worden geconcludeerd. Gedragingen die buiten een sport- of spelsituatie zonder meer onrechtmatig

zouden zijn geweest, behoeven dat wanneer zij in het kader van sport of spel zijn verricht in het geheel niet te zijn. De achtergrond van deze aangepaste zorgvuldigheidsnorm is dat deelnemers aan een sport of spel bepaalde gevaarlijke gedragingen over en weer van elkaar te verwachten hebben, terwijl dat daarbuiten in beginsel niet zo is.¹⁹¹ Pas wanneer een deelnemer met zijn handelen of nalaten niet meer blijft binnen het arsenaal van gedragingen die naar objectieve maatstaven voor de andere deelnemers te verwachten waren en er derhalve geen sprake meer is van een voor de andere deelnemers kenbaar gevaar, overtreedt hij de binnen deze aansprakelijkheids categorie geldende zorgvuldigheidsnorm en handelt hij onrechtmatig.

Hiermee is inderdaad de *aard van de aansprakelijkheid* in combinatie met de *verhouding tussen de betrokken partijen* er verantwoordelijk voor dat in het kader van sport en spel minder snel aansprakelijkheid wordt aangenomen. Deze toetsingsfactor blijkt daarmee binnen de onderhavige categorie in de fase van de vestiging van de aansprakelijkheid in de praktijk allesoverheersend te zijn en de overige toetsingsfactoren, die deels in de richting van een snelle vestiging van aansprakelijkheid wijzen, opzij te zetten.

Uit het voorgaande kan worden afgeleid dat de aansprakelijkheidsvraag binnen deze categorie voor een belangrijk deel afhankelijk is van de vraag naar de onrechtmatigheid van het handelen of nalaten, die op zijn beurt weer grotendeels opgaat in de vraag welke gedragingen voor de deelnemers onderling redelijkerwijs nog wel en welke niet meer te verwachten waren. Op zich zelf schuilt daarin mijns inziens een juist criterium voor de beoordeling van de aansprakelijkheid in het kader van sport en spel. Lastig is echter dat voor de toepassing van het criterium geen harde regels zijn te geven. Deze zijn dan ook noch in de rechtspraak noch in de literatuur te vinden. Volstaan wordt met aanwijzingen als dat de overtreding van een spelregel een factor

191. Zie met name HR 19 oktober 1990, NJ 1992, 621 (CJHB), VR 1991, 21, NTBR 1992, blz. 107 (G.E. van Maanen en P. Römer); HR 28 juni 1991, NJ 1992, 622 (CJHB), VR 1992, 34, NTBR 1992, blz. 110 (Van Dam). Vergelijk ook HR 25 september 1995, VR 1995, 97 en voorts Rb Zwolle 26 november 1986, VR 1988, 44; Ktg. Dordrecht 21 september 1989; Prg. 1989, 3153; Rb Zwolle 14 november 1990, NJ 1991, 471; Rb Arnhem 3 september 1992, NJ 1994, 182.

kan vormen bij de beoordeling van de onrechtmatigheid van de gedraging,¹⁹² dat het opzettelijke toebrengen van letsel in beginsel onrechtmatig is, dat van belang is of een gedraging tegen de geest van het spel is, als onsportief moet worden aangemerkt en terecht de verontwaardiging van de andere spelers en de toeschouwers opwekt,¹⁹³ dat maatgevend is of de desbetreffende speler zich buiten de 'orde' heeft geplaatst,¹⁹⁴ dan wel of er sprake is van een mate van hardheid die uitgaat boven hetgeen bij de desbetreffende sport op het feitelijk beoefende niveau als acceptabel geldt.¹⁹⁵ Stuk voor stuk vage normen, die onderstrepen dat het aan de feitenrechter is om aan de hand van een waardering van de omstandigheden van het geval te bepalen of de bewuste gedraging tussen deelnemers onderling al dan niet te verwachten was.

Daarbij zal in ieder geval de aard van de sport of het spel een belangrijke rol spelen. Naarmate de sport of het spel gevaarlijker is, wordt de kring van te verwachten gevaarlijke gedragingen groter en is er derhalve minder ruimte voor aansprakelijkheid. Hierbij teken ik aan dat een sport of een spel naar mijn mening niet naar zijn aard dermate gevaarlijk kan zijn dat de deelname eraan op zich reeds *om die reden* onrechtmatig is jegens de overige deelnemers.¹⁹⁶ De overige deelnemers hebben zich immers, naar mag worden aangenomen, vrijwillig blootgesteld aan het gevaarlijke karakter van de bewuste sport of het spel. Dat brengt mee dat zij ook rekening moeten houden met de aan de aard van de activiteit aangepaste zorgvuldigheidsnorm. Zo kan een deelnemer aan een bokswedstrijd of een andere vechtsport zijn tegen-

192. De enkele overtreding van een spelregel is derhalve, zelfs wanneer de spelregel is bedoeld om de veiligheid van de deelnemers tegenover elkaar te beschermen, nog niet onrechtmatig. Vergelijk IIR 28 juni 1991, NJ 1992, 622 (CJHB). Andersom mag mijns inziens wel worden aangenomen dat de omstandigheid dat de spelregels bij een bepaalde schadeveroorzakende gedraging niet zijn overtreden betekent dat er niet onrechtmatig is gehandeld. Vergelijk in deze zin ook Mon. Nieuw BW B-46 (Oldenhuis), nr. 7.

193. Vergelijk C.J.H. Brunner, in zijn noot onder HR 28 juni 1991, NJ 1992, 622.

194. H.C.F. Schoordijk, WPNR 6022, blz. 704.

195. C.C. van Dam, NTBR 1992, blz. 113.

196. HR 25 november 1978, NJ 1978, 331 lijkt daarvan impliciet wel uit te gaan. Vergelijk daarover onder meer A.J.O. van Wassenauer van Catwijk en R.H.C. Jongeneel, Eigen schuld en mede-aansprakelijkheid, 1995, blz. 113, 114.

stander in de regel niet aanspreken tot schadevergoeding als hij binnen de regels van het spel ernstig letsel oploopt. Zolang eventuele schadeveroorzakende gedragingen behoren tot het in het kader van de bewuste sport of het spel te verwachten handelen zijn zij, ook al zijn ze nog zo gevaarlijk, niet onrechtmatig.¹⁹⁷

Deze aanpassing van de zorgvuldigheidsnorm aan de aard van de sport of het spel en met name aan de mate van gevaar die eraan verbonden is, vindt mijns inziens echter haar grens daar waar de deelname aan de sport of het spel maatschappelijk niet wordt getolereerd en vaak ook strafrechtelijke consequenties heeft. Een belangrijke reden voor de terughoudendheid bij de vestiging van aansprakelijkheid binnen de onderhavige categorie is immers dat sport en spel worden aangemerkt als maatschappelijk nuttige activiteiten, waarvan de uitoefening niet onnodig belemmerd behoort te worden.¹⁹⁸ Wanneer er echter geen sprake is van een erkende sport of een erkend spel en de deelname eraan maatschappelijk niet geaccepteerd wordt, is er ook geen reden meer om daarmee samenhangende schade toebrenging niet onrechtmatig te achten. Mevrouw Biegman-Hartogh heeft als voorbeelden eens genoemd Russisch roulette en bepaalde snelheidswedstrijden op verkeerswegen.¹⁹⁹ Deelname aan Russisch roulette is onaanvaardbaar. En wanneer iemand in het kader van dit 'spel' een ander een kogel door zijn hoofd schiet, zal dat in de regel leiden tot strafrechtelijke vervolging. Hetzelfde geldt voor deelname aan snelheidswedstrijden binnen het normale verkeer. Ook dat is niet acceptabel en bovendien strafbaar.

Wanneer iemand in het kader van een dergelijke maatschappelijk niet geaccepteerde en strafbare activiteit aan een andere deelnemer schade toebrengt, mag het niet zo zijn dat iedere schadevergoedingsverplichting uitgesloten is enkel en alleen omdat het gedrag in het kader van de bewuste activiteit te verwachten was en op die grond niet onrechtmatig is. In dit geval is de deelname aan de activiteit op zich reeds onrechtmatig, zij het niet vanwege het gevaarlijke karakter ervan als zodanig, maar

197. Vergelijk in deze zin ook T. Hartlief en R.P.J.L. Tjittes, VR 1992, blz. 58, 59.

198. Zie daarover onder meer H.T. van Staveren, a.w., blz. 16.

199. Zie haar conclusie voor HR 28 juni 1991, NJ 1992, 622, onder 2.2.

op grond van het maatschappelijk niet geaccepteerd zijn van de activiteit en de strafrechtelijke consequenties die mede daarom aan de deelname verbonden zijn. Daarbij ben ik me ervan bewust dat het maatschappelijk niet geaccepteerd zijn van bepaalde sporten of spelen vaak zijn achtergrond zal vinden in het te gevaarlijke karakter ervan. Dit gevaarlijke karakter moet echter eerst zijn weg hebben gevonden in maatschappelijke afkeuring van de sport of het spel, alvorens de deelname eraan als zodanig als onrechtmatig mag worden gekwalificeerd.²⁰⁰

Vanzelfsprekend kan de omstandigheid dat de gelaedeerde ook zelf aan de maatschappelijk niet aanvaarde activiteit heeft deelgenomen en geacht mag worden de daaraan verbonden risico's min of meer te hebben aanvaard nog binnen de eigen-schuldtoetsing een rol spelen en langs die weg leiden tot vermindering of eventueel op nihilstelling van de schadevergoedingsverplichting.

3.5.3.2 *Jegens derden*

Over de aansprakelijkheid van deelnemers jegens derden is nauwelijks rechtspraak beschikbaar. Toch waag ik het om ook hier enkele regels te formuleren. Wanneer de derde die ten gevolge van het handelen van een deelnemer schade oploopt een *toeschouwer* is, valt niet in te zien waarom bij de beantwoording van de aansprakelijkheidsvraag andere normen zouden moeten worden aangelegd dan tussen deelnemers onderling.²⁰¹ Ook een toeschouwer mag immers worden geacht zich bewust te zijn van de gevaren die eigen zijn aan de sport of het spel waarnaar hij staat te kijken. Wanneer de schadeveroorzakende gedraging van de deelnemer dan ook behoort tot de in het kader van deze sport of dit spel objectief gezien – en dus ook voor de toeschouwer – te verwachten gedragingen, is er geen reden om aan te nemen dat de deelnemer jegens de toeschouwer onrechtmatig heeft gehandeld. Zo kan een voetballer, die bij een sliding iemand uit het publiek raakt, geen onzorgvuldig handelen worden verwe-

200. Een link tussen het onrechtmatigheidsoordeel en het maatschappelijk aanvaard zijn van bepaalde sporten wordt ook gelegd door H.T. van Staveren, a.w. blz. 16 en 17.

201. Anders lijken te suggereren A.J.O. van Wassenauer en R.H.C. Jongeneel, a.w. blz. 115.

ten²⁰² en is ook een motorcoureur, die tijdens een grasbaan-race uit de baan raakt en tussen het publiek belandt, in beginsel niet aansprakelijk voor de schade die individuele toeschouwers daarvoor mogelijkterwijs lijden.²⁰³

Het voorgaande ligt in beginsel anders wanneer de schadelijden de toeschouwer een zeer jong kind is. Wanneer een vijfjarige bijvoorbeeld met zijn vader meegaat naar een voetbalwedstrijd kan moeilijk worden aangenomen dat het kind zich bewust is van de gevaren die de voetbalsport voor hem als toeschouwer kan meebrengen. Desondanks acht ik het maatschappelijk niet aanvaardbaar dat een voetballer, die in het kader van een in de voetbalsport te verwachten gedraging schade toebrengt aan de vijfjarige daarvoor aansprakelijk is. Een zodanige aansprakelijkheid behoort dan ook te worden afgewezen. Wel is verdedigbaar dat de vader, die zijn vijfjarige kind heeft meegenomen jegens deze aansprakelijk is voor de tijdens de voetbalwedstrijd door het kind opgelopen schade.

De regel dat deelnemers jegens toeschouwers in beginsel niet aansprakelijk zijn, moet mijns inziens ook gehandhaafd worden wanneer de schade van de toeschouwer is terug te voeren op het onvoldoende beveiligd zijn van de zit- of staanplaatsen voor het publiek. Deelnemers aan sport of spel zijn mijns inziens niet gehouden om erop toe te zien dat de plaats waar de toeschouwers zitten of staan voldoende beveiligd is en om bij onvoldoende beveiliging bijvoorbeeld hun deelname te weigeren.²⁰⁴ De verplichting van deelnemers jegens toeschouwers beperkt zich, evenals die jegens andere deelnemers, tot het op behoorlijke wijze uitoefenen van de sport of het spel, hetgeen onder meer betekent dat men zich onthoudt van gedragingen waarmee in het licht van deze sport of dit spel redelijkerwijs geen rekening behoefde te worden gehouden.²⁰⁵

De aangepaste zorgvuldigheidsnormen die in het kader van

202. Vergelijk C.C. van Dam, NTBR 1992, blz. 113.

203. Vergelijk Rb 's-Hertogenbosch 8 november 1957, NJ 1958, 354.

204. Hier bestaat wel een taak voor de organisator van het evenement of voor de exploitant van het sportcomplex, maar daarop ga ik in par. 3.5.4 nader in.

205. Vergelijk in deze zin ook H.C.F. Schoordijk, WPNR 4811, blz. 201; J.H. Wansink, VA 1978, blz. 209. Zie voorts de AAV-richtlijnen bij het beoordelen van aansprakelijkheid in geval van AVP-schaden, gepubliceerd in VR 1992, blz. 267. Anders C.A. Streefkerk, WPNR 5508, blz. 171.

sport en spel tussen deelnemers onderling gelden, kunnen niet zonder meer ook worden doorgetrokken naar de verhouding tussen deelnemers en willekeurige schadelijgende passanten. Voor een passant geldt immers in beginsel niet dat hij bepaalde gevaarlijke gedragingen, binnen de situatie waarin hij zich bevindt, te verwachten heeft. Er is dan ook geen reden om ten opzichte van hem een aangepaste zorgvuldigheidsnorm te hanteren. De aansprakelijkheidsvraag dient te worden beoordeeld aan de hand van de algemene gevaarzettingcriteria als onderscheiden in par. 3.4. Dit betekent dat in aanmerking moet worden genomen de mate van waarschijnlijkheid dat het gevaar zich voor passanten verwezenlijkt, de mate van waarschijnlijkheid dat passanten niet de vereiste zorgvuldigheid in acht zullen nemen, de aard en de ernst van de te verwachten schade, de mate van bezwaarlijkheid van voorzorgsmaatregelen en de mate waarin de desbetreffende passant eventueel zelf heeft bijgedragen aan het ontstaan van de schade.

Bij de meeste georganiseerde, tot een bepaalde min of meer afgebakende plaats beperkte, sporten zal het zich niet zo gemakkelijk voordoen dat willekeurige passanten ten gevolge van de sportbeoefening schade oplopen. Anders is dit bijvoorbeeld bij de jacht. Het is dan ook niet voor niets dat jagers bijzonder strenge veiligheidsnormen in acht moeten nemen.²⁰⁶ Wanneer ze dat niet doen, is het zeer waarschijnlijk dat derden, die zeker in de tegenwoordige tijd veelal niet op jagers bedacht zullen zijn, letselschade oplopen. Toepassing van de gevaarzettingcriteria leidt er derhalve toe dat jagers, die door het niet inachtnemen van de voor hen geldende veiligheidsregels schade toebrengen aan derden, snel aansprakelijk zullen worden geacht.²⁰⁷

Ook bij spelsituaties kan er een aanzienlijke kans op schade voor willekeurige passanten bestaan. Denk bijvoorbeeld aan kinderen die op straat hockeyen, of die met kluitjes modder naar elkaar gooien. Wanneer een toevallige voorbijganger wordt geraakt door een hockeybal of door een kluitje modder en daardoor

206. Zie met name art. 19 e.v. van de Jachtwet.

207. Vergelijk bijvoorbeeld Rb Groningen 23 mei 1958, NJ 1959, 40; Hof 's-Gravenhage 10 november 1965, NJ 1967, 150. Vergelijk over het 'strenge' karakter van de rechtspraak op het gebied van de jacht ook J. van Schellen, 'Toerekening naar redelijkheid naar huidig en komend recht, 1985, nr. 189.

letsel oploopt, bestaat er in beginsel aansprakelijkheid jegens het slachtoffer.²⁰⁸ Er is immers in situaties als deze een reële kans aanwezig dat derden ten gevolge van het gespeelde spel schade zullen lijden. Deze derden zullen bovendien in de regel zelf niet bedacht zijn op het gevaar. Daarbij pleit ook de aard van de te verwachten schade ervoor aansprakelijkheid aan te nemen. Juist als op straat met harde voorwerpen wordt gehockeyed of gegoooid, is het risico van letsel bepaald niet denkbeeldig. Dit betekent overigens niet dat de beoordeling van de aansprakelijkheidsvraag anders zou uitvallen wanneer feitelijk geen letselschade ontstaat, maar zaakschade, bijvoorbeeld aan een passerende auto. Ook dan geldt dat de omstandigheid dat er sprake is van een spelsituatie, zeker gelet op de voorzienbaarheid van de schade, niet kan worden tegengeworpen aan de schadelijder.

3.5.4 Jurisprudentie over aansprakelijkheid van derden

Ook ten aanzien van anderen dan deelnemers kan de vraag rijzen of zij aansprakelijk zijn voor schade die in het kader van sport of spel is ontstaan. Daarbij beperk ik mij tot degenen, die een duidelijke relatie hebben met de sport of het spel in kwestie, zoals de reeds vaker genoemde organisator van een sport- of spel-evenement, de exploitant van een sportcomplex of de sportleer- of instructeur. Wanneer de schade feitelijk is toegebracht door een van de deelnemers aan de sport of het spel zal de vraag naar de aansprakelijkheid van de organisator/exploitant/instructeur tot op zekere hoogte samenvallen met de vraag naar de aansprakelijkheid van de bewuste deelnemer. Is de deelnemer niet aansprakelijk, omdat de schadeveroorzakende gedraging in het kader van de sport of het spel naar objectieve maatstaven redelijkerwijs te verwachten viel, dan geldt dat in beginsel ook voor de organisator/exploitant/instructeur.

Dat ligt echter anders wanneer de schade, behalve op het handelen of nalaten van de deelnemer, terug te voeren is op een handelen of nalaten van de organisator/exploitant/instructeur. In dat geval speelt de sport- of spelachtergrond geen directe rol

208. Daarbij laat ik de vraag naar de leeftijd van de kinderen en daarmee de vraag of de aansprakelijkheid rust op de kinderen zelf dan wel op hun ouders buiten beschouwing.

meer. Binnen sport- en spelsituaties moet men weliswaar bedacht zijn op gevaren, die direct voortvloeien uit de sport of het spel zelf. Maar foutief handelen of nalaten van anderen dan deelnemers valt daar, voor zover zij althans niet inherent zijn aan de desbetreffende sport of het bewuste spel, niet onder. In geval van een zodanig foutief handelen of nalaten is er geen plaats meer voor de extra bescherming die het op de sport-of spelachtergrond afgestemd zijn van de zorgvuldigheidsnorm biedt.²⁰⁹ Daarmee behoort handelen of nalaten van niet-deelnemers als mogelijke oorzaak van de schade niet meer binnen de rubriek sport en spel, maar tot de algemene categorie der gevaarzetting. Dit betekent dat de aansprakelijkheidsvraag in gevallen als deze dient te worden getoetst aan de hand van de algemene gevaarzettingcriteria.

Een voorbeeld van een geval waarin de aansprakelijkheid werd beoordeeld aan de hand van een niet aan de spelsituatie aangepaste zorgvuldigheidsnorm is dat van de circusexploitant, die 'ter opkuisering van de voorstelling' een bereidwillige, maar onervaren toeschouwer liet rondrijden op een ongezadelde ezel. Hij werd door de Hoge Raad aansprakelijk geacht voor de schade die de toeschouwer leed doordat de ezel hem tijdens de rit van zijn rug afwierp. De gedachte daarachter was dat de exploitant wist dat het uitermate grote risico's in zich hield om onervaren mensen op een ezel te laten rijden en dat het in strijd is met de maatschappelijke zorgvuldigheid om iemand aan een dergelijk gevaar bloot te stellen. Duidelijk is daarmee dat het spelkarakter van het gebeuren bij de beoordeling van de aansprakelijkheidsvraag niet relevant werd geacht. Beslissend was slechts de aard en de ernst van het gevaar, alsmede de mate van waarschijnlijkheid dat schade zou intreden. Dit zijn factoren die passen binnen de algemene gevaarzettingcriteria.

Een veel voorkomende schade-oorzaak in sport- en spelsituaties is onvoldoende toezicht of onvoldoende veiligheidsmaatregelen

209. Vergelijk in deze zin expliciet het recente arrest omtrent het turnongeval van Astrid Veenhoven HR 6 oktober 1995, RvdW 1995, nr. 203. Enige twijfels over de juistheid van het hiermee aangebrachte onderscheid tussen de norm voor aansprakelijkheid van deelnemers en die voor aansprakelijkheid van niet-deelnemers wordt geuit door T. Hartlief, in NJB 1995, biz. 1460, 1461.

van de kant van de organisator/exploitant/instructeur.²¹⁰ Zijn door de organisator/exploitant/instructeur bepaalde geschreven veiligheidsvoorschriften niet nageleefd en is de schade daarvoor veroorzaakt, dan is zijn aansprakelijkheid in beginsel gegeven. Zo kan de schade die toeschouwers bij een motorcross lijden, doordat een van de coureurs ten val komt en in volle vaart het publiek 'inschuift', te wijten zijn aan het niet beveiligd zijn van het cross-circuit overeenkomstig de eisen die worden gesteld door de sportcommissie van de Nederlandse Motorsportbond. In dat geval is de organisator van de motorcross in beginsel aansprakelijk voor de schade van de toeschouwers.²¹¹

Binnen de categorie der gevaarzetting bleek dat een veiligheidsnorm ook ongeschreven van aard kan zijn. Het gaat dan echter om een etiket dat achteraf aan de overtreden norm wordt toegekend, op het moment dat reeds is besloten dat de vereiste veiligheidsmaatregelen c.q. het vereiste toezicht achterwege zijn gebleven en de aansprakelijkheidsvraag derhalve reeds bevestigend is beantwoord. Wanneer er geen geschreven normen zijn, zal allereerst aan de hand van de omstandigheden van het geval moeten worden nagegaan welke veiligheidsmaatregelen redelijkerwijs van de organisator/exploitant/instructeur konden wor-

210. Vergelijk onder meer Rb Alkmaar 21 september 1967, NJ 1968, 128, waarin een trainer niet aansprakelijk wordt gehouden voor schade die jongeren voorafgaande aan de training aanrichten; HR 14 januari 1972, NJ 1972, 145 en HR 23 mei 1975, NJ 1976, 24, waarin het gaat om de vraag of onderwijzers aansprakelijk zijn voor de schade die leerlingen oplopen door duiken in ondiep water; Rb Alkmaar 19 augustus 1982 en 9 juni 1983, NJ 1984, 215, waarin de exploitant van een zwembad vanwege het niet treffen van voldoende veiligheidsmaatregelen aansprakelijk wordt geacht voor de schade die een zwemster lijdt door duiken in ondiep water; Hof 's-Hertogenbosch 17 mei 1989, VR 1991, 155, waarin de gemeente aansprakelijk wordt geacht voor de schade die een kind lijdt door de val uit een speeltoestel, omdat het toestel op een te harde ondergrond stond; Hof Amsterdam 5 december 1991, NJ 1992, 824, waarin de exploitant van een zwembad niet aansprakelijk wordt geacht voor de schade die een zwemmer lijdt doordat hij bekneld raakt in een ondeugdelijke afvoerput, omdat de exploitant niet op de hoogte was van de ondeugdelijkheid en dat ook niet kon zijn, terwijl in het zwembad voldoende toezicht was; Rb Arnhem 28 juli 1994, VR 1995, 100, waarin onvoldoende toezicht van de gymnastiekleraar bij zaalhockey werd aan genomen.

211. Vergelijk Rb Groningen 24 februari 1978, VR 1979, 45, waarin werd geoordeeld dat de organisator wel de vereiste maatregelen ter beveiliging van het circuit had getroffen.

den gevergd en of hij deze heeft getroffen. Evenzo zal, indien de schade mogelijkwijs is veroorzaakt door onvoldoende toezicht, moeten worden bepaald tot welk toezicht de verantwoordelijke personen gehouden waren en of zij aan deze normen hebben voldaan. Pas nadat op deze wijze over de aansprakelijkheid is beslist, kan worden beoordeeld of in dat geval een (ongeschreven) veiligheidsnorm is overtreden. Is dat zo, dan kan de aard van de overtreden norm een functie vervullen bij de bepaling van de omvang van de aansprakelijkheid.

In de jurisprudentie is de verantwoordelijkheid van de organisator/exploitant/instructeur en andere vergelijkbare personen met name aan de orde geweest in verband met door de deelnemers aan de sport of het spel geleden schade. Zo gaat het in het recente arrest inzake Astrid Veenhoven om de vraag naar de aansprakelijkheid van een turnleidster en de turnvereniging voor de letselschade die een turnster ten gevolge van een val uit de ringen opliep.²¹² Het Hof acht bij zijn beoordeling met name van belang dat de oefening waarom het in dat geval ging, de zogenaamde disloque, gelet op de snelheid waarmee bij een val kwetsbare delen zoals hoofd, nek en rug tegen de grond komen, grote risico's meebrengt. Juist vanwege het daarmee gelegde verband tussen de aard van de (eventuele) val en de zeer ernstige gevolgen daarvan oordeelt het Hof dat aan de te nemen voorzorgsmaatregelen zeer strenge eisen dienen te worden gesteld. Aan deze strenge eisen was naar de mening van het Hof niet voldaan, nu de turnleidster niet voldoende deskundig was om de oefening te begeleiden, zij de feitelijke begeleiding van het slachtoffer had overgelaten aan een evenmin deskundige derde die bovendien ten tijde van het schadegebeuren onvoldoende oplette, er slechts één vanger aanwezig was, terwijl gelet op de aard van de oefening twee vangers noodzakelijk waren, de voor de oefening noodzakelijke concentratie ontbrak omdat er in één ruimte op drie plaatsen tegelijk groepjes met oefeningen bezig waren en er sterke aanwijzingen waren dat er onvoldoende maten onder de ringen waren neergelegd. Het niet treffen van de vereiste voorzorgsmaatregelen wordt aangemerkt als een verwijtbaar nalaten van zowel de turnleidster als de turnvereniging, die

212. HR 6 oktober 1995, RvdW 1995, 203. Zie over dit arrest ook T. Hartlief, NJB 1995, blz. 1459 e.v.

ervan op de hoogte was dat de leidster het onderdeel ringen onvoldoende beheerste. Beiden worden dan ook aansprakelijk geacht voor de ontstane schade.

Dit oordeel van het Hof, dat door de Hoge Raad in stand wordt gelaten, illustreert nog eens dat de vraag of de organisator/exploitant/instructeur tekortgeschoten is in de van hem te verwachten zorg en daarmee aansprakelijk is voor de ontstane schade, dient te worden beoordeeld aan de hand van de algemene gevaarzettingscriteria zonder dat de sport- of spelachtergrond enige rol speelt. De invulling van de gevaarzettingscriteria is in sterke mate afhankelijk van de omstandigheden van het geval.²¹³ Is eenmaal vastgesteld dat de verantwoordelijke persoon niet de veiligheidsmaatregelen heeft getroffen die met het oog op het voorkomen van letsel als zich in dat geval heeft voorgedaan van hem konden worden gevergd, dan staat daarmee vast dat er een veiligheidsnorm is overtreden. Deze karakterisering, die achteraf – dat wil zeggen nadat de aansprakelijkheidsvraag is beantwoord – aan de overtreden norm wordt toegekend, staat borg voor een ruime toerekening van de ontstane schade. Alle ontstane schade wordt in beginsel geacht in causaal verband te staan met het niet nemen van de vereiste maatregelen. Dit betekent dat de rechter in het kader van de toerekeningsvraag in beginsel geen aandacht behoeft te besteden aan de waarschijnlijkheid

213. Heel expliciet komen de algemene gevaarzettingscriteria bijvoorbeeld ook naar voren in het arrest van het Hof Leeuwarden over de aansprakelijkheid van een gymnastiekleraar voor schade die een leerling lijdt door een val na een sprong van een trampoline, als te kennen uit HR 14 juni 1985, NJ 1985, 736. Vergelijk voorts HR 14 januari 1972, NJ 1976, 145 en HR 23 mei 1975, NJ 1976, 24, waarin het gaat om een 16-jarige jongen die tijdens een schoolreisje in te ondiep water duikt en daardoor een halswervel breekt. Bij de beantwoording van de vraag of de onderwijzers die het schoolreisje begeleidden voor de schade aansprakelijk zijn, wordt met name van belang geacht of het voor de onderwijzers voorzienbaar was dat de leerlingen in het te ondiepe water zouden duiken. In dat verband moet onder meer worden gezien of jonge mensen in het algemeen, dat wil zeggen ook de niet-rockclozen, plegen te duiken, ook in voor hen onbekend water, onverschillig of het gaat om zweembaden, riviertjes, beekjes of vennen; of de betrokken onderwijzers wisten dat zich reeds eerder soortgelijke ongevallen hadden voorgedaan; of na het ongeval nog andere jongens in het ven hadden gedoken. Stuk voor stuk sterk op de concrete situatie toegesneden factoren, die alle verband houden met de vraag naar de voorzienbaarheid van de schade.

van het ongeval en de daardoor ontstane schade.²¹⁴ Dit neemt uiteraard niet weg dat de aansprakelijk gestelde persoon aan zijn aansprakelijkheid kan ontkomen door aan te tonen dat de vereiste veiligheidsmaatregelen de ontstane schade niet hadden kunnen voorkomen en dat dus het *conditio sine qua non*-verband tussen het achterwege blijven van de maatregelen en de schade ontbreekt.²¹⁵

Met betrekking van de aansprakelijkheid van de turnvereniging in het arrest inzake Astrid Veenhoven verdient nog aandacht dat de Hoge Raad het causaal verband tussen het door de vereniging aanstellen van de bewuste trainster en het letsel van de turnster kennelijk voldoende onderbouwd acht met de gegevenheid dat het bestuur van de vereniging de trainster, die van het onderdeel ringen weinig afwist, heeft aangesteld zonder haar op te dragen dit tekort *op korte termijn* op te heffen. Het heeft er daarmee alle schijn van dat het gedurende korte tijd wel acceptabel wordt geacht dat turnsters getraind worden door iemand met onvoldoende deskundigheid op een bepaald turnonderdeel. Voorwaarde is slechts dat er uitzicht op bestaat dat het deskundigheidsgebrek snel wordt opgeheven. Betekent dit dat degenen die het slachtoffer worden van een dergelijke weliswaar kort durende, maar daardoor niet minder ernstige, ondeskundigheidsperiode van een train(st)er, hun schade niet op de vereniging kunnen verhalen? Dit zou op zich zelf goed passen bij de jurisprudentie op het terrein van de aansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen en beroepsziekten, waar aan de werkgever enige tijd wordt gegund om de arbeidsomstandigheden aan te passen aan veranderde (medische) inzichten,²¹⁶ maar is naar mijn mening geen wenselijke situatie. Het ligt meer voor de hand om van een sportvereniging te eisen dat het deskundige trainers aanstelt en dat het kandidaten die op bepaalde onderdelen niet voldoende deskundigheid bezitten eerst laat bijscholen alvorens de betrokkenen op deze onderdelen aan het werk te laten gaan.

214. Zie in deze zin uitdrukkelijk de Hoge Raad in het arrest inzake Astrid Veenhoven, HR 6 oktober 1995, RvdW 1995, nr. 203.

215. In zoverre is de situatie hier dezelfde als bij de overtreding van veiligheidsnormen in de arbeidssfeer. Zie par. 3.2.4.

216. Zie HR 25 juni 1993, NJ 1993, 686 (PAS).

3.5.5 Afsluiting

Hiervoor is een overzicht gegeven van de jurisprudentie over de aansprakelijkheid voor sport- en spelschade. In deze jurisprudentie kan geen tendens in de richting van een ruimere aansprakelijkheid worden gesignaleerd. De meest recente beslissingen passen voor het merendeel prima in het beeld dat de oudere rechtspraak reeds te zien gaf en wijzen derhalve niet op een uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid. In de rechtspraak kunnen wel, zeker met behulp van de in dit preadvies centraal staande factoren, duidelijke lijnen worden onderscheiden.

Geconstateerd kan worden dat de aansprakelijkheid van deelnemers en van niet-deelnemers wordt beoordeeld aan de hand van deels verschillende criteria. Voor de deelnemers geldt dat de *aard van de aansprakelijkheid* in combinatie met de *verhouding tussen de betrokken partijen* bij de vestiging van de aansprakelijkheid een allesoverheersende rol speelt en daarmee verantwoordelijk is voor een duidelijke terughoudendheid in deze fase. De overige toetsingsfactoren komen in beginsel pas aan bod op het moment dat de omvang van de aansprakelijkheid moet worden bepaald. Met name de *aard van de schade* en de *voorzienbaarheid* pleiten dan voor een ruime toerekening van de schade aan de aansprakelijke deelnemer.

Bij de beoordeling van de aansprakelijkheid van een niet-deelnemer vormt de aard van de aansprakelijkheid en de verhouding tussen de betrokken partijen in de meeste gevallen geen reden voor terughoudendheid bij de vestiging van de aansprakelijkheid en vaak evenmin bij de bepaling van de omvang daarvan. Omdat de grondslag van de aansprakelijkheid hier vaak zal schuilen in verwaarlozing van de vereiste veiligheidsregels, zal de schade in de regel niet zijn ontstaan door de verwezenlijking van gevaren waarop men in het kader van sport of spel bedacht moet zijn. Dit betekent dat de sport- of spelachtergrond niet meer terzake doet. De aansprakelijkheidsvraag moet worden beantwoord aan de hand van de algemene gevaarzettingcriteria. Daarvan bleken reeds eerder de *voorzienbaarheid van schade* en de *ernst en de aard van de te verwachten schade* een centrale rol te spelen. Wanneer kan worden geconcludeerd dat de verantwoordelijke persoon verwijtbaar heeft nagelaten om de vereiste maatregelen te treffen teneinde voorzienbare letselschade te voorkomen, staat zijn aansprakelijk-

heid in beginsel vast. Bovendien heeft de overtreden norm dan (achteraf) te gelden als een *veiligheidsnorm*, hetgeen een rechtvaardiging is voor een ruime toerekening van de ontstane schade.

§ 3.6 Aansprakelijkheid voor verkeersongevallen

3.6.1 Inleiding

Vooraf in de zestiger jaren is een discussie op gang gekomen over de wijze waarop aansprakelijkheid voor verkeersongevallen ware te regelen. In 1967 hebben Bloembergen en Bongers over deze problematiek geprecadvisceerd. De discussie heeft uitgewezen dat het een gevaarlijk onderwerp betreft. De door Bloembergen – die zijn tijd, als zo vaak, ver vooruit was – gedane voorstellen vonden weinig gehoor.²¹⁷

Er zijn weinig onderwerpen op het gebied van de delictuele aansprakelijkheid waar de ontwikkelingen binnen en buiten Nederland de laatste jaren zo snel zijn gegaan. In vogelvlucht wordt eerst inzicht gegeven in de ontwikkeling in de zestiger en zeventiger jaren. Daarbij zal tevens aandacht worden geschonken aan voorstellen die toen zijn gedaan. Vooraf de laatste jaren is de ontwikkeling in een stroomversnelling geraakt. Daaraan wordt uitvoeriger aandacht besteed. Meer in het bijzonder komt aan bod wat de Hoge Raad er toe heeft bewogen om de nieuwe koers in te zetten en welke consequenties zij heeft. De jurisprudentie heeft vooral betrekking op art. 185 WvW (art. 31 oud). Daarom wordt daaraan ruim aandacht besteed.

3.6.2 De zestiger en zeventiger jaren

In zijn oratie gewaagt Bloembergen van de toenmalige opvatting dat 'degenen die door een ongeval getroffen worden, niet aan hun lot overgelaten behoren te worden'.²¹⁸ Dat betekende evenwel allerminst dat zij dus de laedens steeds aansprakelijk konden stellen. Daarvoor was, als hoofdregel, schuld vereist.²¹⁹ Boven-

²¹⁷. Hand. NJV 1967-II, blz. 48.

²¹⁸. Zie Bloembergens Werk, blz. 56.

²¹⁹. Zie voor jurisprudentie Onrechtmatige Daad V (Bouman) nr. 8 e.v.

dien werd veelvuldig – en met succes – beroep gedaan op eigen schuld van het slachtoffer. Overeenkomstig de toen geldende inzichten leidde dat laatste verweer, indien gegrond, tot beperking der aanspraak naar evenredigheid van de onderlinge schuld.²²⁰

Voor bepaalde slachtoffers bood art. 31 (oud) BW soelaas, zij het dat dit een beroep op overmacht en eigen schuld toeliet. Een gebrek in het voertuig leverde geen overmacht op. Onvoldoende was dat niet bleek van schuld; hetzelfde gold bij het plotseling onwel worden.²²¹ Mede in verband met de strekking van het artikel 'tot verbetering van de juridische positie van het slachtoffer' werd een beroep op medeschuld van een derde verworpen.²²² Uit de, vooral lagere, rechtspraak inzake bijvoorbeeld overstekende voetgangers blijkt dat met regelmaat overmacht werd aangenomen in gevallen waarin een beroep daarop thans zou falen.²²³ Zo bijvoorbeeld ten opzichte van een plotseling overstekend kind,²²⁴ een botsing tussen een overstekende voetgangster en een inhalende auto, die haar niet had gezien²²⁵ en met een te hard rijdende auto.²²⁶

In de jaren zeventig begint de Hoge Raad het overmachtbegrip in te perken ten faveure van slachtoffers. Kwam het bij overmacht in 1971 nog aan op de vraag of de automobilist 'geen verwijt' viel te maken,²²⁷ het criterium werd in 1976 aange-

220. Bloembergens Werk, blz. 62. Zie nader ook zijn NJV preadvies 1967 blz. 67 e.v. en NJB 1993, blz. 1009. Ingeval art. 31 (oud) WvW van toepassing was, gold een voor de benadeelde gunstiger regeling: preadvies, blz. 45 e.v. Bongers heeft erop gewezen dat de bezwaren tegen het 'huidige' stelsel niet klemmen. Slechts in 1,4 van de 1000 gevallen zou een Rechtbank-procedure worden gevoerd; bij ernstig letsel of dodelijke afloop in 12 van de 1000 gevallen; preadvies NJV 1967, blz. 189.

221. Asser-Rutten, 5e druk, blz. 176 alwaar ook vindplaatsen.

222. HR 21 januari 1977, NJ 1977, 386 (ARB).

223. Zie de rechtspraak vermeld in Onrechtmatige Daad V, nr. 198 sub 4, Overmacht.

224. Hof Amsterdam 12 maart 1971, kenbaar uit HR 5 mei 1972, VR 1972, 76.

225. Rb. Amsterdam 27 juni 1972, VR 1975, 68.

226. Hof Arnhem 7 maart 1973, kenbaar uit HR 10 mei 1974, VR 1975, 10 vMK.

227. HR 26 maart 1971, NJ 1971, 262 (GJS).

scherpt tot 'geen enkel verwijt'.²²⁸ In beide zaken werd kennelijk nogal naar het resultaat toegewerkt.²²⁹

Aan het einde van de zeventiger jaren tekent zich een kentering af waar het jeugdige kinderen betreft. Toen het ziekenfonds trachtte de ziektekosten van de vier jaar oude Ebele Dillema te verhalen, kreeg het een beroep op eigen schuld tegengeworpen. Dit werd door het Hof gehonoreerd, ten onrechte volgens de Hoge Raad:²³⁰

'In 's Hof's opvatting wordt uit het oog verloren, dat voor een zeer jeugdig kind het gemotoriseerde verkeer extra risico's meebrengt, welke verband houden met het onvermogen van zulk een kind om een op de gevaren van dat verkeer ingestelde voorzichtigheid te betrachten. Wanneer (...) een zeer jeugdig kind wordt aangereden door een autobestuurder, die door een onvoorzichtig rijden aan de aanrijding schuld heeft, is het onbillijk de schade die het kind door het ongeval lijdt geheel of ten dele te zijnen laste te laten op de enkele grond dat het ongeval mede het gevolg is van een – aan de leeftijd van het kind eigen – onvoorzichtig verkeersgedrag. Een dergelijke onbillijkheid ware in strijd met de aan art. 1401 B.W. ten grondslag liggende beginselen.'

In verband met het navolgende zij benadrukt dat het hier ging om de regresvordering van een verzekeraar. Deze werd over een kam geschoren met de benadeelde zelf. Voorts verdient vermelding dat de regel is opgehangen aan art. 1401 (oud) BW, terwijl deze allerm minst lijkt te zijn toegespitst op verkeersongevallen.

In de literatuur werd in deze periode wel gepleit voor afschaffing van aansprakelijkheid,²³¹ abandon van het beroep op eigen

228. HR 26 maart 1976, NJ 1976, 393 (GJS). Eender HR 17 februari 1978, NJ 1978, 303.

229. In zijn noot NJ 1971, 263 wijst Scholten er terecht op dat het arrest a quo nogal feitelijk is. Toch wordt het vernietigd.

230. HR 30 juni 1978, NJ 1978, 685 (GJS).

231. A.R. Bloembergen, oratie, Bloembergens Werk blz. 57, 65 en 67, preadvies, a.w. blz. 103 e.v.

schuld²³² dan wel invoering van een verkeersverzekering.^{233 234} Zoals bekend zonder succes. In 1978 verschijnt het rapport van de Studiegroep Verkeersaansprakelijkheid inzake vergoeding van schade door dood en letsel. Het mondt uit in twee voorstellen: de introductie van risico-aansprakelijkheid en een verkeersverzekering die tevens de houder van het motorvoertuig dekt.²³⁵ Blijkens het voorwoord van de minister van Justitie moet het worden beschouwd als een 'discussiestuk'. Het is dat lot daadwerkelijk beschoren geweest; nadat het een aantal reacties had uitgelokt is het in een la verdwenen.

Het juist genoemde rapport gaat vergezeld van gegevens over de op dat moment bestaande situatie. Deze zijn onthullend. Een belangrijk deel van de slachtoffers met letselschade ontvangt geen vergoeding. Dat geldt mirabile dictu zelfs voetgangers die door een motorvoertuig worden aangereden.²³⁶ Dit laatste kan moeilijk anders worden verklaard dan door een geringe claimbereidheid, die op haar beurt vermoedelijk is terug te voeren op onbekendheid met de relatieve zegeningen van art. 31 WW (oud).

3.6.3 Een intermezzo: de tachtiger jaren

In de tachtiger jaren wordt de slachtofferbescherming verder uitgebouwd. Dit gebeurt vooral door uitholling van het overmachtbegrip.

Zekere Wijman begint een drukke weg over te steken. Hij bleef staan bij de wegas. Vervolgens zet hij twee verdere passen en komt hij in aanraking met een door Corten bestuurde auto. Het door deze laatste gedane beroep op overmacht wordt door het

232. A.J.O. van Wassenae van Catwijk in: Symposium 'Verkeersschade, aansprakelijkheid en verzekering', blz. 22 e.v. Slechts in een beperkt aantal gevallen wil hij het beroep behouden. Met dit – in 1972 gedane – voorstel zou een bedrag van 168 miljoen zijn gemoeid, zij het met een grote foutenmarge (blz. 32).

233. A.J.O. van Wassenae van Catwijk, Verkeersverzekering, oratie VU 1977, alwaar ook nadere uitwerking en A.R. Bloembergen, NJB 1978 blz. 705.

234. Zie voor een verdere opgave van de – ook recentere – literatuur Onrechtmatige Daad V, nr. 207.

235. Zie blz. 47/48. Zie in kritische zin A.R. Bloembergen, NJB 1978, blz. 693 e.v.

236. Blz. 99.

Hof gegrond geacht, ten onrechte volgens de Hoge Raad.²³⁷ Na eerst te hebben herhaald hetgeen onder overmacht moet worden begrepen²³⁸ wordt geoordeeld dat bij beantwoording van de vraag hoever de bescherming waartoe art. 31 WVV strekt

'in een geval als het onderhavige, voor de vraag of sprake is van 'overmacht' aan de zijde van de bestuurder, ervan dient te worden uitgegaan dat de bestuurder bij tijdige waarneming van de voetganger bij zijn rijgedrag rekening heeft te houden met de mogelijkheid dat de voetganger – onvoorzichtig – zijn weg zal vervolgen.'

Het arrest wordt gecasseerd wegens een motiveringsgebrek. De rechter naar wie de zaak wordt verwezen zal onder meer moeten nagaan of toch sprake is van overmacht. Aangenomen zal moeten worden dat de Hoge Raad meende dat dit niet het geval was. Anders zou vernietiging niet bijster zinvol zijn geweest. Tegen de achtergrond van de door A-G Franx genoemde – blijkbaar vaststaande – feiten, waaronder het feit dat Corten voor het ongeval niet heeft geremd, valt dat wel te begrijpen.²³⁹ Maar daargelaten of dit niet te feitelijk voor de Hoge Raad is, het cassatiemiddel klaagde er niet over. Blijkbaar is het arrest geïnspireerd door het te bereiken doel: vernietiging.

Bijzondere aandacht verdienen jeugdige kinderen. De achtjarige Frank Holsteijn liep tijdens het passeren van een auto tegen de rechterkant daarvan op, ten gevolge waarvan hij letsel opliep. Het Hof had het beroep op overmacht aanvaard, doch het arrest wordt vernietigd. De Hoge Raad benadrukt dat niet alleen peuters en kleuters, maar ook kinderen van acht jaar impulsief zijn; de weggebruiker moet daar rekening mee houden. Voorts wordt overwogen:

'De strekking van art. 31 WVV is mede kinderen te beschermen tegen de extra risico's die het gemotoriseerd verkeer voor hen meebrengt.'

237. HR 24 december 1982, NJ 1983, 443.

238. Waarbij kleine verschillen in de formulering opvallen. In NJ 1971, 262 is het criterium 'geen verwijt', dat wil zeggen 'zo onwaarschijnlijk dat (...)', in NJ 1976, 393 'geen enkel verwijt' en 'zo onvoorzienbaar (...)', in NJ 1983, 443 'geen enkel verwijt' en 'zo onwaarschijnlijk'.

239. Conclusie blz. 1392 l.k.

Herhaald wordt dat overmacht alleen kan worden aangenomen als de bestuurder ter zake van de wijze waarop hij aan het verkeer heeft deelgenomen voor zover van belang voor de veroorzaking van het ongeval – rechs – geen enkel verwijt kan worden gemaakt, een situatie die zich in casu niet voordeed.²⁴⁰

Het arrest is van belang door 's Hogen Raads waardering van de feiten – die veel meer aan de feitenrechter voorbehouden lijkt –; zij lijkt nogal gericht op het resultaat. Juister lijkt de benadering van A-G Biegman-Hartogh dat de automobilist niets te verwijten viel.²⁴¹ Verder wordt heel algemeen gesproken van de strekking 'mede kinderen' te beschermen. Een leeftijdsbeperking wordt niet genoemd.

3.6.4 De grote sprong voorwaarts: de negentiger jaren

In de negentiger jaren is het verkeersaansprakelijkheidsrecht in een stroomversnelling terecht gekomen.²⁴² Dit geschiedt zowel door het beperken van het toch al van zijn tanden ontdane beroep op overmacht en door het in bepaalde gevallen ecarteren van het eigen-schuldverweer.

3.6.4.1 Eigen schuld van jeugdigen

In 1984 komt de dan dertien jaar en bijna 49 weken oude fietser Gerdina (Ingrid) Kolkman op een kruising in botsing met een auto. Door de botsing raakt ze ernstig gewond. Het Hof oordeelt dat Ingrid 'medeschuld' had. Mitsdien werd haar vordering beperkt. De Hoge Raad meent dat het Hof had moeten onderzoeken of er grond bestond om te bezien of de billijkheidscorrectie, thans neergelegd in art. 6:101 BW, moest worden toegepast. In dit kader tamboereert het college op het 'impulsiviteitsargument', dat reeds eerder opdook. Dit leidt eerder tot het buiten aanmerking laten van eigen schuld bij zeer jeugdige kinderen.

240. HR 23 mei 1986, NJ 1987, 482 (CJHB) rov 3.4. Ook Brunner leest het arrest zo dat het beroep op overmacht door de Hoge Raad wordt verworpen (noot onder 2).

241. Conclusie onder 6.

242. Zo bezien is niet duidelijk wat Bloembergen bedoelt wanneer hij betoogt 'dat de rechterlijke ingrepen op het terrein van de verkeersaansprakelijkheid betrekkelijk marginaal zijn' (RMThemis 1995 blz. 443).

Na nog te hebben gewezen op de verplichte WAM-verzekering wordt overwogen:

‘Dit uitgangspunt – waarbij mede in aanmerking moet worden genomen dat de gevolgen van een aanrijding in het bijzonder wanneer het, zoals in deze zaak, om blijvend lichamelijk of geestelijk letsel gaat, juist voor kinderen uitzonderlijk ingrijpend zijn – dient ook voor een kind (van 13 jaar ...), als juist te worden beschouwd.’ In dat verband wordt verwezen naar de leeftijdsgrens van art. 6:164 BW.

‘Op grond van een en ander moet worden geoordeeld dat in een geval als het onderhavige de eigenaar van het motorrijtuig in beginsel volledig aansprakelijk is en dat van een vermindering van de schadevergoeding op grond van gedragingen van het kind slechts sprake kan zijn, wanneer die gedragingen opzet of aan opzet grenzende roekeloosheid ter zake van die aanrijding opleveren.’²⁴³

Op grond van latere arresten zal mogen worden aangenomen dat hetzelfde geldt bij minder ernstig letsel. De ernst van het letsel lijkt zelfs zonder enig belang.²⁴⁴

3.6.4.2 *Kinderen van veertien jaar (en ouder?)*

De zojuist voor kinderen tot veertien jaar geformuleerde regel leek duidelijk en daarmee gemakkelijk toepasbaar. Uiteraard rees de vraag of het billijk was het omslagpunt te leggen bij veertien jaar, des dat een dag het verschil kan zijn tussen alles of niets.²⁴⁵ Een situatie die zich, bij bevestigende beantwoording, bijna letterlijk zou voordoen, in aanmerking nemend dat Ingrid Kolkman op achttien dagen na veertien jaar oud was.²⁴⁶ Ziehier het eeuwige dilemma van vaste regels, waarmee de rechter (dus)

243. HR 1 juni 1990, NJ 1991, 720 (CJIB).

244. Vgl. HR 31 mei 1991, NJ 1991, 721 (CJIB). In dit arrest wordt verwezen naar Ingrid Kolkman (NJ 1991, 720), waarin de ernst als gezegd nog mede in aanmerking werd genomen. Klaarblijkelijk speelt het thans geen relevante rol meer. Anders Jac. Hijma, AA 1991, blz. 70, doch niet geheel zuiver stelt hij tegenover elkaar ernstig letsel en beschadiging van een fiets.

245. In de literatuur was een lans gebroken voor een extra bescherming van personen tussen veertien en achttien jaar. Zie nader conclusie A-G De Vries Lentsch-Kostense, voor HR 24 december 1993, NJ 1995, 236 (CJHB) onder 11.

246. Zie NJ 1991, 720 onder 1.

heel voorzichtig dient te zijn. Nog daargelaten dat art. 12 AB hem daartoe dwingt, met afnemend succes intussen.²⁴⁷

In het arrest Anja Kellenaars²⁴⁸ heeft de Hoge Raad zich over deze kwestie uitgelaten. Het betrof een aanrijding uit 1985 waarbij de toen veertien jaar en acht maanden oude Anja gewond raakte. Ten gevolge van het ongeval liep zij blijvend letsel op, volgens de Hoge Raad. Het gaat hier klaarblijkelijk om een door het college zelf bijgebracht feit.²⁴⁹ De aangesprokene verweerde zich onder meer met een beroep op eigen schuld, dat door het Hof werd gepasseerd omdat 'hier niet kan worden gesproken van opzet of aan opzet grenzende roekeloosheid'. Het had de regel, geldend voor kinderen tot veertien jaar, toegepast omdat Anja destijds niet geestelijk en/of lichamelijk zodanig ontwikkeld was dat zij zich wezenlijk onderscheidde van klasgenootjes die de leeftijd van veertien jaren nog niet hadden bereikt, waardoor zij met dezulken een als zodanig herkenbare groep vormde. Deze rechtsopvatting wordt door de Hoge Raad gelaakt. Zijn jurisprudentie inzake kinderen beneden de veertien jaar formuleert een 'vaste regel'.

'Met dit karakter strookt niet deze regel (...) ook toe te passen in het geval dat het betrokken kind de leeftijd van veertien jaar heeft bereikt, maar zich qua ontwikkeling niet wezenlijk onderscheidt van een kind beneden de leeftijd van veertien jaar.'

Dit betekent evenwel niet dat deze omstandigheid 'geen betekenis zou toekomen'. Anja heeft *ten minste* aanspraak op 50%.²⁵⁰ Ingevolge het arrest IZA-Vrerink

247. Met Vranken (Asser-Vranken, nr. 89) meen ik dat aan deze bepaling geen beslissende betekenis behoeft toe te komen. Maar vereist is dan wel dat, zoals hij het noemt, de heersende mening is veranderd. Ik denk dat zulks op dit gebied daadwerkelijk het geval is. Maar het zou zeer verbazen wanneer zij de grens bij veertien jaar, of welke leeftijd dan ook, zou trekken.

248. HR 24 december 1993, NJ 1995, 236 (CJHB).

249. De A-G De Vries Lentsch-Kostense merkt op dat dit gegeven voorkomt in de memorie na getuigenverhoor van de advocaat van Anja (conclusie onder 1). Het was door het Hof niet vastgesteld. Misschien gaat het hier om wat Martens 'voor de lezer nuttige achtergrondinformatie' noemt (in: Gemotiveerd gehuldigd, Van Boeschoten-bundel blz. 140). Ook daarvoor heeft mijns inziens te gelden dat het moet gaan om een vaststaand feit.

250. Zie 3.6.4.3.

'zoals dit moet worden verstaan – zal vervolgens moeten worden nagegaan of wellicht naar de maatstaven van die bepaling (art. 6:101 BW) *meer* dan 50% van de schade ten laste van (...) de aangesprokene) moet worden gebracht (...) omdat de in art. 6:101 lid 1 bedoelde billijkheid, in het licht van alle omstandigheden van het geval, een zodanige verdeling eist dan wel eist dat de schade geheel ten laste van (...) de aangesprokene) komt. Bij deze billijkheidsafweging dient ook te worden gelet op de voormelde (...) omstandigheid betreffende de ontwikkeling van Anja'.

Het arrest is een treffende illustratie van de bezwaren die kleven aan 'vaste regels', zeker in gevallen waarin voor de betrokkenen veel op het spel staat.²⁵¹ Heel in het algemeen zal gelden dat de ontwikkeling van een kind van veertien jaar en enkele maanden niet noemenswaard afwijkt van die van bijvoorbeeld Ingrid Kolkman,²⁵² zoals trouwens ook denkbaar is dat een kind van dertien jaar de ontwikkeling heeft van een kind van veertien. Door dit arrest heeft het college voor een (kleine?) groep gevallen een billijke oplossing bevorderd, maar de hem blijkbaar voor ogen staande duidelijkheid weer teniet gedaan. Omdat de billijkheid blijkbaar slechts ten deel kan vallen aan kinderen in het grensgebied van veertien jaar is het geen goed arrest. Het maakt de kloof ten opzichte van anderen nog moeilijker te rechtvaardigen.²⁵³

3.6.4.3 *Eigen schuld en ouderen*

In 3.6.4.1 bleek dat de Hoge Raad in het bijzonder mededogen heeft met letselschade van kinderen beneden de veertien jaar. Soms strekt zijn medelijden – dat blijkbaar mede is gevoed door de strekking van art. 185 WvW – zich uit tot iets oudere kinderen. Het arrest Kodde–Dekker²⁵⁴ leek erop te wijzen dat in beginsel personen vanaf veertien jaar niet in de billijkheidsprijzen vielen. Rechtbank en Hof hadden aangenomen dat de racefietser Kodde 75% eigen schuld had, doordien zijn vordering met

251. Datzelfde geldt bijvoorbeeld voor de datum van 1 januari 1975 in verhaalszaken, beschreven in 3.8.4.2.

252. In vergelijkbare zin Jac. Hijma, AA 1994, blz. 449/450.

253. Dat geldt ook, zij het in mindere mate, wanneer de door Hijma gepropageerde glijdende schaal voor kinderen tussen veertien en achttien jaar zou worden gevolgd (AA 1994, blz. 449).

254. HR 24 mei 1991, NJ 1991, 506.

dat percentage werd verminderd. Ik laat de nogal technische kwestie die in cassatie speelde rusten en volsta ermee op te merken dat het beroep werd verworpen. A-G Biegman-Hartogh had in haar conclusie betoogd dat voor volwassen benadeelden 'hoe deerniswekkend ook' de bijzondere voor kinderen geldende billijkheidsregels toepassing missen.²⁵⁵

Het mocht voor Kodde wel erg onbevredigend zijn geweest dat de Hoge Raad nog geen jaar later ook personen vanaf veertien jaar een minimumpercentage toekende. Aldus geschiedde in het arrest IZA-Vrerink.²⁵⁶ In 1984 kwam Van Duiven op een voetgangersoversteekplaats in aanraking met een door Vrerink bestuurde auto. Haar ziektekostenverzekeraar IZA vordert de gemaakte ziektekosten. De Hoge Raad geeft aan dat de in zijn arresten tot uitdrukking komende rechtsontwikkeling

'ook van belang is voor de afwikkeling van de schade die als gevolg van een aanrijding met een motorrijtuig door een volwassen fietser of voetganger wordt geleden.' De in de eerdere jurisprudentie genoemde strekking van art. 31 WvW geldt ook hier 'waarbij opmerking verdient dat ook deze verkeersdeelnemers kwetsbaar zijn, dat ook hun schade ingrijpend kan zijn en dat ook daarvoor een verplichting van het gemotoriseerde verkeer tot verzekering bestaat.'

Concreet betekent dit het volgende. Is overmacht niet aannemelijk gemaakt, maar is er wel eigen schuld van het slachtoffer, niet zijnde opzet of daaraan grenzende roekeloosheid, dan eist de billijkheid dat ten minste 50% van de schade wordt vergoed. De onderlinge causaliteit is in beginsel beslissend voor de vraag of de benadeelde daarboven nog aanspraak op vergoeding heeft.²⁵⁷ Kennelijk wil de Hoge Raad daarmee zeggen dat bij 40% eigen schuld het slachtoffer 60% ontvangt en bij 60% eigen schuld 50% (het minimum).²⁵⁸ Een wat wonderlijke regel die zonder rechtvaardiging zeer werkt ten voordele van benadeel-

255. Onder 2.5.

256. HR 28 februari 1992, NJ 1993, 566 (CJHB), rov 3.7.

257. HR 24 december 1993, NJ 1995, 236 (CJHB), rov 3.4.4.

258. Zie in gelijke zin onder meer T. Hartlief en R.P.J.L. Tjittes, Verzekering en aansprakelijkheid, blz. 109. Zij wijzen nog op een ander verschil tussen de arresten Anja Kellenzaars en Ingrid Kolkman (blz. 108).

den die schuld hebben welke dicht aanligt tegen aan opzet grenzende roekeloosheid.²⁵⁹

Benadrukt dient te worden dat het ongeval in de zaak IZA-Vreink in 1984 had plaatsgevonden. Er was geen enkele reden deze uitkomst te verwachten. Hoe men verder ook over de regel denkt,²⁶⁰ het is in elk geval onbevredigend om deze blijkbaar onbeperkt met terugwerkende kracht in te voeren. Dat klemmt temeer nu het mogelijk zou zijn geweest²⁶¹ deze regel eerder, bijvoorbeeld in het arrest Kodde-Dekker te formuleren.

De wijze waarop moet worden berekend of de benadeelde aanspraak heeft op meer dan de minimale 50% wijkt, naar de meer gangbare opvatting, af van die waarop eerdere arresten leken te duiden.²⁶² De Hoge Raad is zich daarvan bewust. Verwijzend naar de 50%-regel in het arrest Ingrid Kolkman spreekt hij van: 'zoals dit moet worden verstaan'.

Eerder heb ik betoogd dat voor de vergaande bescherming van jeugdigen, die het slachtoffer worden van letselschade, goede grond bestaat, maar dat niet valt in te zien waarom de lijn niet tot oudere personen wordt doorgetrokken.²⁶³ Ook voor hen is letsel ernstig. Hun enige 'voordeel' is dat ze er, naarmate de leeftijd vordert, minder lang onder gebukt zullen gaan. Doch een dergelijk cynisme kan noch mag een grond zijn om kinderen zozeer te 'bevoordelen'. Het pleidooi is (vooralsnog) niet aangeslagen, maar strekt nochtans tot persistit.

De verschillende benadering kan hooguit worden verklaard

259. Eender Brunner onder HR 24 december 1993, NJ 1995, 236 onder 3 en T. Hartlief, NJB 1994, blz. 355.

260. Zie in uiteenlopende zin bijvoorbeeld: G.H.A S(chut), RM Themis 1992 blz. 354 (de Hoge Raad is te ver gegaan, terwijl de consequenties slecht doorzacht zijn), Brunner in zijn NJ-noot (de beslissing komt uit de lucht vallen, het is aan de politiek), Jac. Hijma, AA 1992, blz. 582 (een vast percentage is goed; het percentage zelf is te hoog).

261. Daarvoor zou wel cassatietechnisch trapezewerk nodig zijn geweest, gezien het cassatiemiddel.

262. Zie uitvoerig, ook voor verdere verwijzingen, Hartlief en Tjittes, a.w. blz. 107 e.v. en voor rechtspraak Onrechtermatige Daad III aant. 255-4.

263. Mon. Nieuw BW B36 nr. 7 blz. 12, J.M. Barendrecht toont begrip voor de 50% regel en geeft een motivering die zijns inziens had kunnen worden gebruikt (in: Gemotiveerd gehuldigd, blz.46/7). Zij maakt voor mij niet duidelijk waarom zo'n scherpe regel, niettegenstaande de in het oog springende onbillijkheden daarvan, wenselijk zou zijn.

door het ten opzichte van 'ouderen' niet kunnen gebruiken van het argument der reflexwerking van art. 6:164 BW. Doch dat lijkt sowieso meer een pour besoin de la cause-redenering, die wordt bedolven onder de veel sterkere, terecht breed uitgemeten, compassiegedachte. Bovendien, wat er van het argument verder ook zij, het verdraagt zich niet met letter en strekking van art. 31 (oud) WWV.²⁶⁴ Wanneer het mogelijk wordt geacht dit artikel *in algemene zin*, als kennelijk in onbruik geraakt, terzijde te schuiven, zou een moediger benadering eveneens mogelijk zijn geweest. Waarom wil de Hoge Raad daarvan niet weten?

3.6.4.4 Een bijzondere regel voor zwakke verkeersdeelnemers?

Quid ten aanzien van 'bejaarden'? Na Ingrid Kolkman werd wel aangenomen dat ook voor hen een speciale billijkheidsregel zou gelden. Ook zij zijn, zo werd betoogd, kwetsbaar.²⁶⁵ Uit het arrest IZA-Vrerink blijkt dat de Hoge Raad daarvan niet wil weten. Met kennelijke irritatie geeft hij de strekking van het middel aldus weer dat wordt getracht een bijzondere regel voor 'bejaarden' uit te lokken, zulks ten behoeve van de (gesubrogeerde verzeekerar van de) 67 jarige Van Duiven. Tevergeefs. Het college noemt daarvoor de volgende redenen:

'In de eerste plaats zijn de daar (in de kinderjurisprudentie, JS) gebezigde argumenten voor de groep van bejaarden hoe men deze groep ook omlijnt, voor een belangrijk deel op zichzelf al minder sprekend. In de tweede plaats biedt de wet hier, anders dan bij kinderen, geen aanknopingspunt voor een vaste leeftijdsgrens, die aan een bepaalde vaste regel ten grondslag zou kunnen worden gelegd. In de derde plaats laat deze groep zich ook op andere wijze niet goed afgrenzen, nu bejaarde verkeersdeelnemers aanzienlijk minder dan kinderen een eenheid vormen ter zake van de eigenschappen die voor een veilige deelneming aan het verkeer vereist zijn, terwijl zij voorts voor andere verkeersdeelnemers in de regel op enige afstand nauwelijks als zodanig herkenbaar zijn.'²⁶⁶

Een en ander laat intussen onverlet dat in een concreet geval

264. Zie Brunner onder HR 31 mei 1991, NJ 1991, 721 onder 2.

265. Aldus bijvoorbeeld Jac. Hijma, AA 1991, blz. 69 en A-G Hartkamp voor HR 1 juni 1990, NJ 1990, 720 (CJHB) onder 8.

266. HR 26 februari 1992, NJ 1993, 366 (CJHB) rov 3.6.

aanleiding kan bestaan voor toepassing van de billijkheidscorrectie ten behoeve van 'bejaarden' en andere zwakke weggebruikers.²⁶⁷

3.6.4.5 Overmacht bij jeugdigen

In 1986 werd het overmachtbegrip sterk uitgehold, maar het werd niet naar de rechtsgeschiedenis verbannen. Voor verkeersongevallen waarbij kinderen tot veertien jaar betrokken zijn is dat laatste wel gebeurd in het arrest De Backer-Van Uitregt.²⁶⁸ De Hoge Raad memoreert dat zijn jurisprudentie 'een ontwikkeling in de richting van een betere bescherming van het kind' vertoont, door restrictieve uitleg van het begrip overmacht en beperkte toepassing van het eigen-schuldverweer. Om tot een 'sluitende, aan voormelde rechtsonwikkeling beantwoordende bescherming te komen' moet ook het beroep op overmacht *bestaande uit fouten van het kind* onmogelijk zijn, tenzij sprake is van opzet of daaraan grenzende roekeloosheid.

Het arrest mag opmerkelijk heten omdat het geval zich afspeelde voor 1986. Een wel zeer kras staaltje van terugwerkende kracht. Ik kom daarop terug.

Met een ondoordachte pennestreek is het overmachtberoep inmiddels mogelijk nog verder ingeperkt. In het arrest Marloes de Vos²⁶⁹ heet het:

'Ingeval een kind dat de leeftijd van veertien jaar nog niet heeft bereikt, letsel heeft opgelopen doordat het is aangereden door een motorrijtuig, heeft te gelden dat – behoudens indien de aanrijding is te wijten aan zodanige opzet of roekeloosheid van het kind, dat de gevolgen ervan voor rekening van het kind behoren te blijven – de tengevolge van de aanrijding door het kind geleden schade niet te zijnen laste komt, ook niet indien de gedragingen in belangrijke mate tot het ontstaan van de aanrijding hebben bijgedragen'.

267. Eender Jac. Hijma, AA 1992, blz. 500 en Hartlief en Tjittes, a.w. blz. 110. Zie voor een overzicht van de verschillende opvattingen voorts Onrechtmatige Daad III aant. 256. Ook C.J.M. Klaassen, Risico-aansprakelijkheid, diss. Nijmegen, 1991, heeft daarvoor gepleit (blz. 190/1).

268. HR 31 mei 1991, NJ 1991, 721 (CJHB).

269. HR 2 juni 1995, RvdW 1995, 118 rov 3-5.

Klaarblijkelijk is een overmachtverweer niet meer²⁷⁰ mogelijk, behoudens in geval van opzet of roekeloosheid in de zojuist bedoelde zin. Immers lijkt de passage tussen gedachtenstreepjes uitputtend aan te geven wanneer het kind een deel van de schade zelf moet dragen. Is de overmacht gelegen in iets anders dan de daad van het kind, dan komt dat voor rekening van de aangesprokene.²⁷¹

Het arrest is trouwens nog in ander opzicht opmerkelijk. Het spreekt van 'zodanige opzet of roekeloosheid (...) dat de gevolgen ervan voor rekening van het kind' kunnen komen. Ik neem aan dat geen materiële wijziging is beoogd met wat eerder heette opzet of daaraan grenzende roekeloosheid. Dat is alleen al daarom aannemelijk omdat niet voor de hand ligt dat de Hoge Raad gekwalificeerde opzet heeft willen introduceren, een begrip dat ook geen nuttige functie zou vervullen.²⁷²

3.6.4.6 Overmacht bij personen vanaf veertien jaar

In het arrest *De Backer-Van Uitregt* wordt in het midden gelaten of 'ook in andere gevallen mocht worden aanvaard dat de bestuurder zich niet op overmacht kan beroepen als hem geen verwijt treft.'²⁷³ Deze proefballon werd te snel opgelaten; immers is hij nog geen jaar later weer neergehaald.²⁷⁴ Zeker op dit rechtsgebied, dat zich kenmerkt door stormachtige en soms ook nogal onverwachte ontwikkelingen, dienen zinloze obiter dicta tot weinig.

270. De onjuiste indruk wordt gewekt dat de regel overeenstemt met eerdere arresten; zie rov 3.5 tweede alinea.

271. Daarvan werd, naar ik begrijp, reeds uitgegaan door Bouman, *Onrechtmatige Daad III* aant. 176.3, doch zijn stelling vindt mijns inziens in de arresten die hij noemt geen steun. Ook Hartlief en Tjittes, a.w. blz. 102/3 betoonden zich voorstander van zo'n benadering.

272. Wel zal mogen worden aangenomen dat het begrip 'opzet' beperkt moet worden uitgelegd. Zie - in het kader van art. 83c Ziekenfondswet, alwaar het ook een uitzondering op de hoofdregel vormt - HR 7 december 1990, NJ 1991, 596.

273. HR 31 mei 1991, NJ 1991, 721 (CJHB) rov 3.5. Deze overweging bedoelt, blijkens de daarop volgende zin, te slaan op andere personen dan kinderen tot veertien jaar. Zie over deze materie C.H.W.M. Sterk, *Verhoogd gevaar in het aansprakelijkheidsrecht*, diss. Tilburg, 1994, blz. 250/1.

274. HR 22 mei 1992, NJ 1992, 527 rov 3.3 (... daaronder het slachtoffer begrepen ...) en rov 3.5. Zie ook HR 20 november 1992, NJ 1993, 137.

3.6.4.7 De positie van gesubrogeerde verzekeraars

Tot het arrest IZA-Vrerink²⁷⁵ werd er vanuit gegaan dat verzekeraars werden gesubrogeerd in de zieligheid van hun verzekerden.²⁷⁶ In dit arrest is die gelijkschakeling ongedaan gemaakt. De billijkheid die in de relatie laedens-benadeelde meebrengt dat het slachtoffer in elk geval aanspraak heeft op 50%

‘verliest evenwel zijn gewicht in geval de schade van het slachtoffer ten laste van een verzekeraar is gekomen, omdat het risico aan de zijde van het slachtoffer, zij het tegen betaling van premie, reeds door middel van een verzekering was gespreid.’

Evenwel valt niet uit te sluiten dat de mate van verwijtbaarheid in het concrete geval ook kan worden verdisconteerd, via de billijkheidscorrectie, ten opzichte van de verzekeraar.²⁷⁷ Toepassing van die correctie zal wel moeten worden gemotiveerd.²⁷⁸

De vraag rijst hoe ver het arrest IZA-Vrerink terugwerkt. In elk geval tot 1984, zijnde het jaar waarin het ongeval plaatsvond. Dat is al aanstonds minder bevredigend omdat het kennelijk in 1990 nog een open kwestie was.²⁷⁹ Zou al moeten worden aangenomen dat het obiter dictum in het arrest Ingrid Kolkman had moeten worden begrepen als een niet mis te verstane hint dat gesubrogeerde verzekeraars niet kunnen profiteren van de zegeningen der slachtofferbescherming,²⁸⁰ dan blijft dat na 1984 assuradeuren en slachtoffers over een kam werden geschoren, zo bijvoorbeeld in het arrest Marcel Woestenburger uit 1987.²⁸¹

275. HR 28 februari 1992, NJ 1993, 566 (CJHB).

276. De kwestie werd in het midden gelaten in HR 1 juni 1990, NJ 1991, 720 (CJHB) rov 5.3.

277. HR 2 juni 1995, RvdW 1995, 118 rov 3.7. Althans: zo versta ik haar. Zie nader Jac. Hijma onder HR 2 juni 1995, AA 1996 blz. 40. Zie voor een uitvoerige uiteenzetting over deze kwestie ook T. Hartlief en R.J. Tjittes, NTBR 1996 blz. 33/34. Sterk verkort samengevat komt hun betoog er op neer dat een billijkheidscorrectie, louter en alleen gebaseerd op de leeftijd van het kind, niet door de Hoge Raad lijkt te worden aanvaard. Naar ik begrijp oordeelt Hijma, l.a.p., anders.

278. HR 2 juni 1995, RvdW 1995, 120 rov 3.6.

279. Zie NJ 1991, 720 (CJHB).

280. Hetgeen de Hoge Raad niet lijkt aan te nemen. Vergelijk HR 2 juni 1995, RvdW 1995, 118 rov 3.5 (‘uitdrukkelijk in het midden gelaten’).

281. HR 20 februari 1987, NJ 1987, 483 (CJHB) rov 3.6. De aangeroepen strekking van art. 31 WvW leidt tot het formuleren van een slachtoffer- →

De consequenties hiervan verdienen aandacht, ook van de Hoge Raad.

3.6.4.8 De positie van inzittenden

Men zou uit het voorafgaande de indruk kunnen krijgen dat inzittenden in de kou blijven staan, onbeschermd als zij zijn door art. 185 WW. Als ik het goed zie is die gedachte in het algemeen niet juist. De oplossing van het probleem ligt evenwel – buiten gevallen waarin een aansprakelijke valt aan te wijzen – niet in het aansprakelijkheidsrecht maar in de WAM. Staat – kort gezegd – vast dat *een* bestuurder van een motorrijtuig onrechtmatig heeft gehandeld, maar is onduidelijk voor *welke* bestuurder dat geldt, dan kan de benadeelde aankloppen bij het Waarborgfonds.

Aldus zal een inzittende²⁸² veelal vergoeding van zijn schade kunnen vorderen. Hetzij van de aansprakelijke zelf, dan wel van het fonds.²⁸³ Dat is slechts anders als de aansprakelijkheid van *een* bestuurder niet vast staat, bijvoorbeeld omdat sprake is van overmacht²⁸⁴ of de schade *uitsluitend* is te wijten aan de schuld van een persoon die niet krachtens de WAM verplicht verzekerd dient te zijn. Ik benadruk 'uitsluitend' omdat de benadeelde de bestuurder voor de gehele schade kan aanspreken als deze laat-

→ vriendelijke regel, waarvan ook ziektekostenverzekeraar profiteert. Het geval is in zoverre identiek met het arrest IZAVcrink. Toepassing van de in laatstbedoeld arrest verwoorde regel zou er mijns inziens toe hebben moeten leiden dat het incidenteel beroep van Woostenburg's verzekeraar zou zijn verworpen. Het onderhavige ongeval vond plaats in 1978. In HR 2 juni 1995, RvdW 1995, 118 rov 3.5 lijkt dit arrest over het hoofd te worden gezien. Uit HR 2 juni 1995, RvdW 1995, 118 rov 3.6 volgt dat geen onderscheid moet worden gemaakt tussen gesubrogeerde verzekeraars van personen tot en vanaf veertien jaar. Ook in HR 19 oktober 1990, NJ 1991, 7 werd het onderscheid niet gemaakt, al is dit mogelijk toe te schrijven aan de opzet van het middel. Zie nader Jac. Iijma onder HR 2 juni 1995, AA 1996, blz. 38.

282. Immers: art. 3 lid 2 WAM houdt een verplichting in ook zijn letselschade te vergoeden, terwijl uit art. 26 voortvloeit dat het Waarborgfonds ook voor deze schade heeft in te staan.

283. HR 23 mei 1980, NJ 1981, 1 (FHJM) rov 5.

284. Is sprake van overmacht van een van de in aanmerking komende bestuurders, dan kan de benadeelde niet bij het Waarborgfonds terecht: HR 22 juni 1979, NJ 1980, 21.

ste 'mede-schuld' heeft.²⁸⁵ Onduidelijk is wat heeft te gelden ingeval vaststaat dat een automobilist of bijvoorbeeld een fietser aansprakelijk is, maar onduidelijk is wie van de twee.

Sommige auteurs opperen dat de in 3.6.4.3 genoemde 50%-regel ook kan worden ingeroepen door benadeelden die geen beroep kunnen doen op art. 185 VVW, zoals inzittenden.²⁸⁶ In die visie zou mijns inziens hetzelfde dienen te gelden voor automobilisten zelf, maar die conclusie pleegt niet te worden getrokken. Het lijkt niet aannemelijk dat Hoge Raad dit heeft bedoeld.²⁸⁷

3.6.4.9 De zorgvuldigheidsnorm buiten art. 185 VVW

Niet door art. 185 VVW geregeerde gevallen²⁸⁸ worden beheerst door art. 6:162 BW. Dat wil zeggen dat voor aansprakelijkheid aan de voorwaarden dier bepaling zal moeten worden voldaan.²⁸⁹ Mijn indruk is dat de jurisprudentie op dit terrein niet veel verandering vertoont. Doch een dergelijke uitspraak moet met enige voorzichtigheid worden gedaan, verweven als deze materie is met de waardering van feiten.²⁹⁰

Dit laat intussen onverlet dat er op deelterreinen wel een zekere koerswijziging te bespeuren lijkt. Zo kan de gevaarzettingsleer soms uitkomst bieden,²⁹¹ al moeten de verwachtingen dienaan-

285. HR 4 november 1955, NJ 1956, 1 (LEIR). Deze regel is thans neergelegd in art. 6:102 BW. In het gegeven voorbeeld zal moeten worden aangenomen dat ieder der laedentes dezelfde schade heeft veroorzaakt.

286. Aldus Hartlief en Tjittes, a.w. blz. 113 ('Er is best iets voor te zeggen') en J.M. Barendrecht in R.D. Vriesendorp e.a., Het actuele recht (JUVAT-bundel) blz. 16. Wellicht ook heeft Brunner onder HR 28 februari 1992, NJ 1993, 566 dit willen zeggen, maar geheel duidelijk is zijn betoog (onder 7) niet.

287. Vergelijk HR 19 maart 1993, NJ 1993, 305. Zou de slachtofferbescherming – in casu voor een kind van twee jaar – zijn doorgetrokken naar inzittenden, dan zou de regel hebben moeten luiden dat het cassatiemiddel belang mist.

288. Aangenomen zal mogen worden dat *in elk geval* de art. 185 VVW-regel kan worden toegepast ingeval aan de voorwaarden dier bepaling voldaan is, ook wanneer de vordering op art. 6:162 BW wordt gegrond. De formulering is noodgedwongen vaag. Dit is toe te schrijven aan de mist die de Hoge Raad ten deze optrekt. Zie nader Hartlief en Tjittes, a.w. blz. 112/3 en T. Hartlief, NJB 1995, blz. 119.

289. Zie bijvoorbeeld HR 24 september 1993, NJ 1994, 226 rov 4.4.

290. Zie voor een overzicht van de jurisprudentie Onrechtmatige Daad III aant. 265 c.v.

291. HR 23 juni 1995, NJ 1995, 730 rov 3.3.

gaande niet te hoog worden gespannen.²⁹² Is sprake van een onrechtmatige gedraging (als te hard rijden), waardoor het gevaar op ongevallen wordt verhoogd, dan is daarmee het causaal verband in beginsel gegeven.²⁹³

Anders dan men wellicht zou verwachten stelt de Hoge Raad niet alles in het werk om een oplossing te vinden voor benadeelden met ernstig letsel. Dit komt wel zeer pregnant naar voren in het arrest dat betrekking heeft op een aanrijding tussen de bromfietser Schuur en een tractor bestuurd door Koetje; Schuur raakte ernstig gewond en is later ten gevolge van het ongeval overleden. De aanrijding vond tijdens dichte mist plaats op een 4 meter brede dijk. De ruim 2,5 meter brede tractor met aanhanger en de bromfietser reden elkaar tegemoet. Het Hof ging ervan uit dat de wettelijk vereiste verlichting van de tractor werkte en dat Koetje de bromfietsverlichting had gezien. Daaruit trok het de conclusie dat Schuur de verlichting van de combinatie had kunnen zien. Zou, aldus het Hof, Schuur voldoende rechts hebben gereden, dan was er niets gebeurd. Voor aansprakelijkheid van Koetje waren bijkomende omstandigheden vereist. De Hoge Raad verwierpt het cassatieberoep.²⁹⁴ Het college kan worden toegegeven dat 's Hoven oordeel in belangrijke mate is verweven met waarderingen van feitelijke aard. Waarom het hier gaat is dat het minst genomen mogelijk zou zijn geweest – en mijns inziens ook voor de hand had gelegen – Schuur de helpende hand toe te steken. Mogelijk is dat niet gebeurd omdat het ging om een vordering van de gesubrogeerde ziektekostenverzekeraar, maar dat is een niet te bewijzen speculatie.

3.6.4.10 De onmacht van de wetgever

Op 27 april 1990 werd de zogeheten notitie Verkeersaansprakelijkheid door de minister van Justitie aan de Tweede Kamer aangeboden.²⁹⁵ Na een overzicht van de stand van zaken, een aantal opmerkingen over de schade-omvang en een loopje langs het

²⁹². In het nader te bespreken Koetje-arrest was zeer wel begrijpelijk geweest wanneer toepassing van de leer tot aansprakelijkheid zou hebben geleid. Vermoedelijk eender J.M. van Dunné, NJB 1995, blz. 1139.

²⁹³. HR 16 november 1990, NJ 1991, 55 rov 3-3. De regel geldt niet als de onrechtmatigheid niet vaststaat: HR 23 juni 1995, NJ 1995, 730, rov 3-3.

²⁹⁴. HR 23 juni 1995, NJ 1995, 730.

²⁹⁵. TK 21 528 nr. 1.

buitenland komen aan de orde: de verkeersverzekering, risico-aansprakelijkheid en beperking van schadevergoeding en/of regres. Het uitvoerige document mondt uit in een magere conclusie:

'In de lijn van het voorafgaande mag voorzichtig worden geconcludeerd dat op dit moment als tussenoplossing een risico-aansprakelijkheid in het verkeer aanbeveling verdient.'²⁹⁶

De minister laat in het midden hoe deze er precies uit zou moeten zien.²⁹⁷

In 1994 verscheen, onder de veelbetekenende titel 'Schuld en boete', een rapport van de Raad voor de Verkeersveiligheid. In de sombere Dostojevsky-traditie gaat het ervan uit dat de schuld-vraag niet geheel kan worden afgeschaft. Risico-aansprakelijkheid doet onvoldoende recht aan de eigen verantwoordelijkheid. Maar de rol van schuld wordt aanzienlijk teruggedrongen. Behoudens gevallen van grove schuld moet 'over en weer' vergoeding plaatsvinden. De omvang der schadevergoeding ware te normeren, terwijl ook nabestaanden aanspraak zouden moeten hebben op 'smartegeld'. Op de 'schuldige' moet regres kunnen worden uitgeoefend.²⁹⁸

3.6.4.11 *Buitenlandse ontwikkelingen*

In een bijlage bij de zojuist genoemde notitie Verkeersaansprakelijkheid wordt uitvoerig aandacht besteed aan buitenlandse ontwikkelingen. Aan de orde komen Frankrijk, België, Duitsland, Zweden, Denemarken, het Verenigd Koninkrijk en de Verenigde Staten. Korthedshalve zij daarnaar verwezen. Ook in de Nederlandse literatuur is op deze materie ingegaan.²⁹⁹

Het is wellicht interessant om nog enige aandacht te besteden

²⁹⁶. A.w. blz. 33.

²⁹⁷. Uit een bijdrage van N.M. van der Horst, in: In volle verzekerdheid (Van Wassenaeer-bundel) zal vermoedelijk mogen worden afgeleid dat een risico-aansprakelijkheid de beste kaarten heeft (blz. 286). Fender Hartlief en Tjittes, a.w. blz. 133 noot 130.

²⁹⁸. A.w. blz. 26/7. Zie over de regresproblematiek blz. 15/6.

²⁹⁹. Voor Frankrijk en Zwitserland, Sterk, a.w. blz. 55 e.v. en 125 e.v. en E.H. Hulst, NJB 1992, blz. 695 e.v. (Frankrijk). Zie voorts uitvoerig S. Fredericq, in: In volle verzekerdheid (Van Wassenaeer-bundel) blz. 261 e.v.

aan Nieuw-Zeeland, waar – samengevat – in 1974 schade die het gevolg is van persoonlijk letsel aan het aansprakelijkheidsrecht is onttrokken. In plaats daarvan ontvangen benadeelden een vergoeding uit een door de overheid gefinancierd fonds. De vijf aan deze benadering ten grondslag liggende basisbeginselen waren ‘community responsibility, comprehensive entitlement, complete rehabilitation, real compensation, and administrative efficiency’. Per jaar ontvangen ongeveer 150 000 (!) personen vergoeding uit dit fonds. Voor de – enigszins beperkende – wijzigingen van 1992 waren de kosten per Nieuwzeelander NZ\$ 1 per dag; die van administratieve verwerking NZ\$ 0,07. Palmer – die in verschillende hoedanigheden bemoeienis met het stelsel heeft gehad – maakt na 20 jaar de balans op:

‘Abolishing tort law for personal-injury cases (...) has been a success. (...) The injured are better off than they were before (...). So more than twenty years ago, New Zealand decided tort law could not achieve its objectives for personal injury. It did not compensate enough people. It did not deter carelessness nor make an adequate contribution to accident prevention. The corrective justice theory that the wrongdoer should be required to restore the victim to her previous condition did not seem responsive to the plight of the incapacitated. Redress was no substitute here for what had been lost. Common law damages did not respond in a principled way to the plight of those who needed help when they needed it.’³⁰⁰

Deze gedachten zijn ook voor ons land interessant. Moeilijk kan worden volgehouden de gekscherende opmerking van Stark dat ‘das Neuseeländer Modell sei eben auf eine Gesellschaft zugeschnitten, in der es mehr Schafe als Menschen gebe, und (ist) deshalb nicht auf unsere Verhältnisse übertragbar’.³⁰¹

3.6.4.12 De doctrine en de toekomst

Sterk heeft, geïnspireerd door het Franse en het Zwitserse recht, een lans gebroken voor het invoeren van een risico-aansprake-

300. Sir Geoffrey Palmer, *New Zealand's Accident Compensation Scheme: Twenty Years on*, 1994, 44 *University of Toronto Law Journal*, 223 e.v. De citaten komen voor op blz. 227 en 272.

301. Aangehaald door P. Widmer, *Reformüberlegungen zum Haftpflichtrecht*, in: *Symposium Stark, Neuere Entwicklungen im Haftpflichtrecht*, blz. 63.

lijkheid, waarvan ook inzittenden en bestuurders kunnen profiteren. Het beroep op overmacht en eigen schuld zou moeten worden afgeschaft.³⁰² Hartlief en Tjittes tonen zich, voorzichtig, voorstander van een verkeersverzekering omdat ook inzittenden aldus beschermd worden,³⁰³ terwijl Kottenhagen en Kottenhagen-Edzes aanstippen dat het verschil tussen verkeersverzekering en risico-aansprakelijkheid niet groot hoeft te zijn.³⁰⁴ Ten slotte verdient vermelding dat Van Wassenae voorstellen heeft geformuleerd voor een Europees verkeersaansprakelijkheidsrecht dat, naar hij betoogt, is gebaseerd op een first party verzekering.³⁰⁵

3.6.5 Een duidelijke trend

Uit het voorafgaande blijkt dat tot halverwege de tachtiger jaren betrekkelijke rust heerste op het gebied der verkeersaansprakelijkheid. In elk geval tot het einde der zeventiger jaren leek de claimbereidheid beperkt. Het is aannemelijk dat daarin thans verandering is gekomen.

Voor kinderen beneden de veertien jaar die, als fietser of voetganger, letsel oplopen, veroorzaakt door een motorrijtuig, is sprake van een vrijwel sluitende bescherming. Deze is binnen enkele jaren tot stand gebracht. Zij komt tot uiting in het afschaffen van het beroep op overmacht en eigen schuld, tenzij sprake is van opzet of daaraan grenzende roekeloosheid.

Waar het iets oudere kinderen betreft, is de situatie minder duidelijk. Zij kunnen niet profiteren van de zojuist genoemde hard en fast rules, maar wellicht kunnen ze toch met succes beroep doen op een aanvullende billijkheidscorrectie. Blijkbaar wil de Hoge Raad voor deze categorie geen duidelijke regel geven, hetgeen de theorie der glijdende schaal vermoedelijk naar het rijk der fabelen verbant. Zou het college zo'n stelsel voor ogen hebben gestaan, dan was het eenvoudig geweest het aan het papier

302. A.w. blz. 290/1. Aan een beroep op eigen schuld zouden strenge voorwaarden gesteld moeten worden; zie dezelfde in *Iusta Causa* (Wachter-bundel) blz. 101 e.v., A.J.O. van Wassenae van Catwijk, *Naar een Europees verkeersschaderecht* blz. 6 e.v. Zie voorts uitvoerig Bloembergen, *preadv.*, a.w. blz. 73 e.v.

303. A.w. blz. 133.

304. NJB 1995, blz. 1123.

305. A.w.; de opmerking inzake de first party verzekering komt voor op blz. 10.

toe te vertrouwen. De door de Hoge Raad blijkbaar nagestreefde rechtszekerheid zou ermee gebaat zijn geweest. Thans zal ieder geval afzonderlijk moeten worden gezien, waarbij klaarblijkelijk niet bijster relevante factoren als een geringe achterstand ten opzichte van kinderen beneden de veertien van bijzondere, zoal niet beslissende betekenis zijn.

Personen vanaf veertien jaar die de *extra* correctie niet deelachtig worden, worden gedeeltelijk beschermd. Het beroep op overmacht blijft mogelijk. Omdat vereist is dat de bestuurder geen enkel verwijt valt te maken, zal daarvan niet licht sprake zijn. Zij kunnen *ten minste* aanspraak maken op 50%. Is hun eigen schuld geringer, dan komt daar nog een percentage bovenop. Onder 3.6.4-3 gaf ik aan waarom deze regel niet kan bekoren; daarnaar zij verwezen.

Een *bijzondere* bescherming voor 'bejaarden' wijst de Hoge Raad van de hand. Het gaat hier niet om een af te bakenen groep, terwijl tussen de in aanmerking komende personen te grote verschillen bestaan. Dit lijkt toepassing van een aanvullende billijkheidscorrectie onverlet te laten, ingeval het slachtoffer *daadwerkelijk* aanvullende bescherming behoeft.

Ten aanzien van niet-inzittenden worden in beginsel de normale regels van art. 6:162 BW toegepast. Zij het dan dat de gevaarzettingstheorie soms soelaas kan bieden, terwijl het causaal verband wordt verondersteld wanneer vaststaat dat onrechtmatig is gehandeld. Bestuurders die letselschade lijden zullen het moeten stellen met het normale onrechtmatige-daadregime.³⁰⁶

Door de rechter beslechte letselzaken speelden zich onvermijdelijk in het verleden af. Soms zelfs meer dan tien jaar eerder. Wordt daarop een rechtsregel toegepast die de vrucht is van een ontwikkeling van de jurisprudentie, dan betekent zulks – in gevallen van voortschrijdende rechtsbescherming – dat het slachtoffer beter af is dan het geweest zou zijn, ware de zaak destijds afgehandeld. Daartegenover staat dat de laedens of diens verze-

306. Misschien zelfs met minder, afhankelijk van de vraag of de reflexwerking van de beschermingsbepalingen doorwerkt als de schade is veroorzaakt door een fietser of voetganger. Ik laat deze boeiende en belangrijke problematiek rusten. Voor ons onderwerp bevindt zij zich aan de periferie. Zie voor gegevens Onrechtmatige Daad III aant. 258 e.v., Hartlief en Tjittes, a.w. blz. 116 e.v. en voor mijn opvatting Mon. Nieuw BW, a.w. nr. 7, met name blz. 15 c.v.

keraar meer moet betalen dan naar destijds geldende inzichten verschuldigd was. Bij verkeerszaken gaat het daarbij voor deze laatste om aanmerkelijke bedragen. Immers is het aantal ongevallen waarbij letsel optreedt aanzienlijk.

De Hoge Raad onderkent zelf dat zijn jurisprudentie verandert. Dit komt bijvoorbeeld tot uitdrukking in de formulering

‘(...) geven aanleiding deze vraag, teneinde tot een sluitende, aan de rechtsontwikkeling beantwoordende bescherming te komen (...)’.³⁰⁷

Bezien we de rechtspraak van de laatste jaren, dan doet zich bij de ‘terugwerkende kracht’ in zoverre iets bijzonders voor, dat zij in een aantal gevallen geldt voor gevallen die zich in de tijd afspeelden vóór arresten, waaruit de conclusie moest worden getrokken dat het recht nog minder slachtoffervriendelijk was.

In het in mei 1986 gewezen arrest Frank Holsteijn, acht jaar oud, wordt een beroep op overmacht nog niet afgesneden. In het arrest De Backer–Van Uitregt uit 1991 wordt het terzijde geschoven. Laatstbedoelde zaak speelde zich af in april 1985, derhalve onder het Frank Holsteijn-regime. De zaak had mijns inziens alleen al daarom op basis van de toen geldende regels moeten worden afgedaan. Door dat niet te doen wordt een premie gesteld op procederen en worden gelijke zaken volstrekt ongelijk behandeld. Er was, voor de doorsnee benadeelde, geen goede grond te veronderstellen dat voor gevallen, die zich afspeelden vóór een duidelijk arrest, het recht zou worden veranderd.

In het arrest Ingrid Kolkman (1990) wordt de indruk gewekt dat de leeftijdsgrens van veertien jaar ‘hard’ is. Het is hoogst onbevredigend om in een later arrest, dat betrekking heeft op feiten die zich ver voor 1990 afspeelden een correctie op de veertienjaarsregel toe te passen. Toch doet de Hoge Raad dat in Anja Kellenaars, gewezen in 1993;³⁰⁸ Anja werd in 1985 aangereden. Nog in 1991 wces de Hoge Raad een arrest waaruit leek te volgen dat voor personen vanaf veertien jaar geen bijzondere beschermingsregels golden. Negen maanden later gaat hij ‘om’ in de zaak IZA–Vrerink. De toen ontwikkelde regel wordt toegepast op

307. HR 31 mei 1991, NJ 1991, 721 (CJHB) rov 3.4.

308. Zie over de betekenis van die correctie 3.6.4.2.

een geval dat zich afspeelde in 1984. Dat is merkwaardig en verregaand onbevredigend ten opzichte van slachtoffers wier schade nog onder het 'oude' regime is afgewikkeld.

Ten slotte de positie van gesubrogeerde verzekeraars. In 1990 werd in het midden gelaten of zij konden profiteren van de billijkheidscorrectie geldend voor benadeelden. In 1992 wordt de vraag ontkennend beantwoord. Aan de orde was een geval uit 1984. De nieuw ontwikkelde regel werd daarop toegepast, niet-tegenstaande het feit dat uit een in 1987 gewezen arrest lijkt te volgen dat het recht dit onderscheid toen nog niet kende.³⁰⁹

Als er al aanleiding bestaat om nieuwe regels voordien voorg gevallen feiten te laten beheersen, dan geldt dat *in elk geval* niet voor de periode, voorafgaande aan eerdere rechtspraak die uitdrukkelijk anders besliste. Gehoopt mag worden dat de Hoge Raad bereid zal zijn om in de toekomst aldus tewerk te gaan.

Er is nog een andere ontwikkeling die zorgen baart. Te snel en te gemakkelijk verandert het college zijn koers; ook principiële arresten zijn niet steeds scherp geformuleerd. Dat behoeft toelichting.

De in 1992 geformuleerde 50%-regel werd vrij algemeen op een bepaalde wijze geïnterpreteerd. Vele zaken zijn op die basis afgedaan. In het eind 1993 gewezen arrest Anja Kellenaars laat de Hoge Raad laconiek weten dat de regel op andere wijze moet worden verstaan. Of deze altijd zo is bedoeld valt onder het geheim van de raadkamer. Het doet er niet veel toe. In belangrijke arresten, bij het wijzen waarvan bekend is dat zij zeer vele zaken beroeren, mag worden geveegd dat een algemene regel zorgvuldig wordt geformuleerd. Als het college al niet van mening zou zijn veranderd – en zijn nieuwe inzichten terstond op oude gevallen gaat toepassen – had het in elk geval beter moeten redigeren. Dat geldt gelijkelijk voor de begrippen opzet en daaraan grenzende roekeloosheid; zie onder par. 3.6.4.5.

De obiter dictum-cultuur tiert welig op dit rechtsgebied. Diegenen die zouden denken dat daarmee een hint is bedoeld dat, zou de vraag aan de orde worden gesteld, de daarin verwoorde regel *zal* worden aanvaard, komen bedrogen uit. De overweging ten overvloede bleek wel een zodanige aanwijzing ten aanzien

309. Zie nader 3.6.4.7.

van de positie van gesubrogeerde verzekeraars,³¹⁰ maar niet voor het overmachtberoep door personen vanaf veertien jaar.³¹¹ Zeker op een terrein waar, naar van algemene bekendheid is, bepaalde regels vele zaken regeren dient duidelijkheid en voorspelbaarheid hoog in het vaandel te worden geschreven. Er is niets op tegen dat de Hoge Raad zich uitlaat over belangrijke actuele strijdpunten die in cassatie niet aan de orde zijn, mits aan twee voorwaarden is voldaan. De consequenties moeten, zonder toelichting door partijen, kunnen worden overzien en het college moet zeker weten datgene te willen wat ten overvloede aan de openbaarheid wordt prijsgegeven.

3.6.6 Hoe de trend te verklaren?

De Hoge Raad heeft in de hiervoor besproken arresten de volgende argumenten gebezigd:

- de ernst van het letsel, respectievelijk de ernst van letsel;
- de ratio van art. 185 WvW, zijnde: bescherming van met name jeugdigen, maar meer algemeen ook zwakkere verkeersdeelnemers;
- de verplichte verzekering krachtens de WAM.

Waar het betreft kinderen beneden de veertien jaar is nog gewezen op

- art. 6:164 BW;
- het bijzonder ernstige karakter van letsel, juist voor hen;
- hun impulsiviteit.

Voor 'bejaarden' is opgemerkt dat geen uit de wet af te leiden leeftijdsgrens bestaat.

Lang heb ik gedacht dat het zwaartepunt lag bij de wens om een mouw te passen aan vergoeding van letselschade. Bij heroverweging komt dat niet aannemelijk voor. In de eerste plaats kan, daarvan uitgaande, niet worden verklaard waarom een zo groot verschil wordt gemaakt tussen letsel van personen beneden de

³¹⁰. Zie 3.6.4.7.

³¹¹. Zie 3.6.4.6.

veertien jaar en dat van ouderen. In *dit* verband is zonder belang of kinderen van veertien en wellicht nog enkele jaren nadien, aanspraak kunnen maken op toepassing van een additionele billijkheidscorrectie.

Van de aanvankelijk naar voren geschoven motivering dat bij ernstig letsel grond zou bestaan voor extra bescherming is na lancering ervan door de Hoge Raad niet meer vernomen. Gevoeglijk kan daarom worden aangenomen dat zij geen rol (van betekenis) speelt. Er is evenwel meer dat pleit tegen preponderantie van de factor aard van de schade (= letsel). Buiten art. 185 WWV doet de Hoge Raad geenszins het uiterste om benadeelden te helpen, ook niet wanneer zij alleszins ons mededogen verdienen.³¹²

Geeft dan de doorslag dat sprake is van een verplichte verzekering? Ook dat is niet aannemelijk. Deze omstandigheid geldt immers voor alle benadeelden (met letsel), ongeacht ook de vraag of art. 185 WWV kan worden ingeroepen.

Het konijn van de ratio van art. 185 WWV zou zo snel mogelijk weer in de hoge hoed terug moeten kruipen. Wat er van het betoog op zich ook zij, er is geen begin van grond voor de stelling dat art. 185 WWV en zijn voorganger art. 31 WWV, kinderen beneden de veertien jaar bijzonderlijk beoogt te beschermen. Een vindplaats uit de parlementaire geschiedenis heeft de Hoge Raad ook niet kunnen noemen.

Wanneer we de jurisprudentie welwillend tegemoet treden, dan zou het beeld er als volgt uit moeten zien. De verplichte verzekering, de ratio van art. 185 WWV en de ernst van letsel leiden tot een minimum vergoeding van 50%. De voor kinderen geldende argumenten brengen mee dat voor hen een additionele billijkheidscorrectie geboden is.

Maar heeft de Hoge Raad dit ook zo bedoeld? Het is alleen al daarom niet plausibel omdat de chronologie van de jurisprudentie voor de benadering geen steun geeft. Eerst werd de 100%-regel voor jeugdigen in het leven geroepen; nadien ontstond de 50%-regel.

Ook bezien vanuit inhoudelijk perspectief is 's Hogen Raads ar-

312. Zie onder 3.6.4.8. Daaraan doet hetgeen onder 3.6.4.7 is opgemerkt niet af.

gumentatie, voorzichtig uitgedrukt, niet sterk. De 50% daalt als een relatief godsgeschenk uit de hemel neer. Het metafysisch karakter daarvan maakt het daarmee ongepast door te vragen naar de herkomst.

Onder 3.6.4.3 wees ik er al op dat mij nimmer duidelijk is geweest waarom letsel voor jeugdige kinderen zoveel ernstiger is dan voor ouderen (vanaf veertien jaar). Tot op zekere hoogte is wellicht zelfs het tegendeel het geval. Loopt men het op zeer jeugdige leeftijd op, dan weet men niet beter. Mijn ervaring heeft uitgewezen dat het hier gaat om een argument waarover door verschillende leeftijden uiteenlopend wordt geoordeeld. Op avondcolleges – waar veel ouders met kinderen zitten – pleegt dit betoog vijandig, tijdens dagcolleges vol begrip te worden bejegend. Dit maakt genoegzaam duidelijk dat de waarde ervan zeer beperkt is.

Blijven over art. 6:164 BW en der kinderen impulsiviteit. Voorop gesteld moet worden dat wel erg toevallig is dat zij blijkbaar ophoudt op de door art. 6:164 BW genoemde leeftijdsgrens. Dit terwijl impulsiviteit een zeer persoonsgebonden gegeven is. Los daarvan: niet valt in te zien waarom de scheiding tussen personen beneden de veertien jaar (ook wanneer zij, als Ingrid Kolkman, daarvan slechts achttien dagen verwijderd zijn) en kinderen vanaf die leeftijd zo groot zou moeten zijn. Mogelijk zal de toekomst uitwijzen dat de stap van 100 naar 50% verloopt via een glijdende schaal. Dat zou het door de Hoge Raad gebezigde argument sterker maken. Ik gebruik met opzet de vergrotende trap; voor de stellende is geen grond. Als de Hoge Raad die kant op wil rijst de vraag: waarom heeft hij dat dan niet gezegd? Hij heeft verschillende voor de hand liggende gelegenheden daartoe onbenut gelaten. Daaruit zal voorshands moeten worden afgeleid dat hij geen voorstander van die theorie is.

Nu zou men kunnen tegenwerpen dat deze bedenkingen altijd kunnen worden ingebracht tegen een vaste regel. Op zich is dat juist. Het is precies de reden waarom rechters daarmee voorzichtig moeten zijn. Biedt de wet voor een dergelijke regel geen steun, dan ware zij slechts te formuleren wanneer de in Nederland heersende rechtsovertuiging daarvoor steun biedt. Dat kan van de 50%-regel in elk geval niet worden gezegd.

Waartoe leidt dit alles? Ik vrees tot een uiterst onbevredigend antwoord. Bezien we ieder arrest afzonderlijk, dan is het in min-

dere, soms zelfs meerdere mate overtuigend. Maar beschouwen we de rechtspraak in haar geheel, dan is niet mogelijk deze op zinvolle wijze te verklaren. Dat onderstreept de onder 3.6.5 geuite wens: consistentie is zeer gewenst. Maar zij niet alleen. Het wordt tijd dat de Hoge Raad klare wijn gaat schenken! Dat zeggend, komen we in een vicieuze cirkel. De huidige rechtspraak valt niet op overtuigende wijze uit de doeken te doen. Zij zal eerst moeten worden herzien. Niettegenstaande de aanzienlijke turbulentie op dit terrein van het aansprakelijkheidsrecht, is niet te verwachten dat de Hoge Raad zijn 50%-koers en zijn karige behandeling van slachtoffers, wier vordering niet door art. 185 WvW wordt beheerst, incens zal verlaten.

§ 3.7 Produktaansprakelijkheid

3.7.1 Inleiding

Produktaansprakelijkheid mag zich in een grote belangstelling verheugen. Alleen al op de Nederlandse markt is er een aantal goede boeken over verschenen.³¹³ Vermoedelijk beïnvloed door de in art. 6:185 e.v. BW neergeslagen EEG-richtlijn, richten de meeste publicaties zich op de desbetreffende risicoaansprakelijkheid. Daarmee vallen zij buiten het bereik van dit proadvies, dat immers is gewijd aan de op art. 6:162 BW geënte aansprakelijkheid.

De zojuist gesignaleerde preoccupatie is geen typisch Nederlands verschijnsel. Maar zij is niet geheel gerechtvaardigd. Met name omdat het geldingsbereik van bedoelde regeling door art. 6:190 BW sterk is ingeperkt. Voor de niet daardoor bestreken schade zal men ofwel moeten terugvallen op art. 6:173 of

313. Zie recentelijk: L. Dommering-van Rongen, *Produktaansprakelijkheid*, diss. Utrecht 1991; J. Knottenbelt, *Produktaansprakelijkheid*, diss. Rotterdam 1990 en dezelfde, *Hoofdstukken produktaansprakelijkheid*, M.M. MacLean en B. Wessels, *Almanak voor de Produktaansprakelijkheid*, G.M.F. Snijders, *Productveiligheid en aansprakelijkheid zomede D.W.F. Verkade*, M.Ph. van Sint Truiden en J.E.C. Maassen, *Produkt in gebreke*. Zie voor een verdere indrukwekkende opgave *Onrechtmatige Daad* (Stolker), Afd. 6.3.3 aant. 4. Zie voorts R.J.J. Westerdijk, *Produktaansprakelijkheid voor software*, diss. VU 1995. Geenszins valt uit te sluiten dat ook op dit terrein stormachtige ontwikkelingen zullen plaatsvinden; zie blz. 245 e.v. en 282/3.

6:175,³¹⁴ dan wel op art. 6:162 BW. Het besef dat ook – en vooral – bedrijven zéér aanzienlijke schades kunnen lijden als gevolg van levering van ondeugdelijke produkten³¹⁵ is blijkbaar nauwelijks doorgedrongen. Dat is mogelijk mede daaraan toe te schrijven dat er weinig (gepubliceerde) jurisprudentie over bestaat. Maar dat wil allerminst zeggen dat het gaat om een theoretische kwestie.

Er is nog een tweede reden waarom de op de algemene onrechtmatige-daadregeling gebaseerde aansprakelijkheid van belang blijft. Art. 6:185 e.v. BW zijn eerst op 1 november 1990 in werking getreden.³¹⁶ Voor schade welke valt terug te voeren op voordien in het verkeer gebrachte produkten blijft het oude recht (art. 1401 oud BW) van kracht. Gelet op art. 3:310 BW kán dat, afhankelijk van de daar genoemde bekendheid, meebrengen dat art. 1401 oud BW nog vele jaren diensten kan bewijzen.

Door verzekeraars wordt betoogd dat het onderwerp 'product recall' aan belang zou winnen. Daarom wordt daaraan in 3.7.6 aandacht geschonken.

3.7.2 *De jurisprudentie in de zeventiger jaren*

In 1975 schrijft Rutten dat '(g)edurende de laatste jaren (...) in toenemende mate aandacht wordt geschonken aan (...) *produktenaansprakelijkheid*'.³¹⁷ In vergelijkbare zin laat Van der Grinten zich in 1973 uit: 'Het vraagstuk van z.g. produktaansprakelijkheid is tot dusver in de Nederlandse rechtspraak weinig aan de orde geweest.'³¹⁸ Het lekkende-kruik (I)-arrest heeft hier de stoot gegeven tot de rechtsontwikkeling.³¹⁹

314. Opmerking verdient dat art. 6:173 lid 2 BW – kort gezegd – de regeling van art. 6:185 e.v. doet voorgaan. Een dergelijke 'na u' variant ontbreekt in art. 6:175 BW.

315. In de meeste gevallen zal het gaan om directe leveringen, zodat de kwestie wordt beheerst door het contractenrecht. De benadeelde zal dan veelvuldig worden geconfronteerd met gehele of gedeeltelijke exoneratie in de verkoopvoorwaarden.

316. Zie over de vraag of aan de richtlijnbevestigingen voordien reeds aanspraken konden worden verleend Onrechtmatige Daad, Afd. 6.3.3 aant. 10.

317. Asser-Rutten, 4e druk, blz. 62.

318. Onder HR 2 februari 1973, AA 1973, blz. 364.

319. Eenmaal eerder had de Hoge Raad – wat wij thans noemen – produktaansprakelijkheid aanvaard: HR 6 april 1933, NJ 1933, 881 (EMM). Het geval →

Het trieste geval is bekend. Op de dag van haar geboorte werd Tamara van Uiter met een Jumbo-warmwaterkruik te bed gelegd. Door het lekken van de kruik liep ze ernstige brandwonden op. De ziektekostenverzekeraar spreekt de producent Jumbo aan voor de uitgekkeerde bedragen. 's Hoven arrest, waarbij de vordering wordt afgewezen, wordt door de Hoge Raad vernietigd.³²⁰ De Hoge Raad legt er de nadruk op dat eiser – begrijpelijkerwijs – de vordering had gebaseerd op de ondeugdelijkheid van de onderhavige kruik (schroefdoop en -draad zouden slecht op elkaar passen). Het Hof had geoordeeld dat de fabrikant 'geen voldoende' schuld treft, ingeval afdoende controle op de 'lekvrijheid' niet mogelijk is. Die opvatting wordt als onjuist ontmaskerd:

'dat die motivering echter niet duidelijk maakt dat geen maatregelen mogelijk zijn die kunnen voorkomen dat kruiken met een concreet gebrek als hier gesteld, worden geproduceerd en in het verkeer gebracht'. Vervolgens heet het:

'dat het Hof met het oog op dat gebrek had moeten onderzoeken of de onderhavige kruik een zodanig gevaar opleverde, dat deze niet in het verkeer had mogen komen en of aannemelijk was dat het niet aan de schuld van Jumbo was te wijten dat dit wel is geschied'.

Voorts wordt overwogen dat, als sprake is van een ondeugdelijk produkt, de fabrikant zich 'in het algemeen' niet aan aansprakelijkheid kan onttrekken met de stelling dat geen schade zou zijn ontstaan 'zo alle voorzorgsmaatregelen in acht waren genomen' en 'dat 'hij had mogen verwachten dat die voorzorgsmaatregelen wel in acht zouden worden genomen'. Na verwijzing wijst het Hof Amsterdam de vordering toe.³²¹ De daartoe bijgebrachte gronden zijn tamelijk feitelijk, zodat ik daarop niet inga. Over de interpretatie van het Hoge Raad-arrest werd destijds verschillend gedacht. Rutten acht de vraag gewettigd of het niet in

→ was nogal specieus. Zie voor de opvattingen en jurisprudentie vóór het in de tekst besproken arrest *Onrechtmatige Daad VIII* (Michiels van Kessenich-Hoogendam), nr. 183 c.v. Opmerking verdient nog dat de TM aandacht aan het onderwerp schenkt, onder verwijzing naar onder meer het zojuist genoemde arrest uit 1933. Zie PG boek 6, blz. 782 c.v.

320. HR 2 februari 1973, NJ 1973, 315 (HB).

321. Hof Amsterdam 1 maart 1974, NJ 1974, 486.

de richting van een risico-aansprakelijkheid gaat.³²² Van der Grinten gaat minder ver. Hij meent dat voorzichtigheid kenmerk is van het arrest. Het laat vele vragen open. Voorts wijst hij op het belang van de tweede geciteerde rechtsoverweging: vereist is dat het produkt, met het oog op het gevaar, niet in het verkeer gebracht had mogen worden.³²³ Hijmans van den Bergh spreekt de profetische woorden dat het arrest tot verschillende interpretaties aanleiding zal geven. Zijns inziens gaat het 'in de richting' van de toen voorliggende ontwerpregeling, die een risico-aansprakelijkheid inhield.³²⁴

Het arrest heeft, voorzover uit de gepubliceerde rechtspraak valt af te leiden, niet geleid tot een hausse aan claims. Het doen van een dergelijke uitspraak is niet zonder risico. Immers is mogelijk dat producenten de conclusie hebben getrokken dat het weinig zin heeft om verweer te voeren, omdat zij toch aansprakelijk zijn. Ook is mogelijk dat veel zaken zijn geschikt. Toch ben ik geneigd te menen dat het destijds zo'n vaart niet liep. Al was het maar omdat noch verzekeraars, noch ook het bedrijfsleven de noodklok hebben geluid. Ook het feit dat vooral het bedrijfsleven te hoop is gelopen tegen de EEG-richtlijn, die als een aanmerkelijke verzwarende werd gezien, geeft voedsel aan deze veronderstelling.

In dit verband speelt wellicht ook een rol dat gezaghebbende bronnen naarmate de tijd verstreek minder betekenis gingen hechten aan het zojuist genoemde arrest. In de losbladige Onrechtmatige daad wordt, nog in 1988, met een beroep op veelal verouderde literatuur, betoogd dat produktaansprakelijkheid in ons recht steunt op de 'schuldgedachte' en niet op de 'risicogedachte',³²⁵ terwijl Asser-Hartkamp ons in 1994 leert dat voor aansprakelijkheid bijkomende omstandigheden zijn vereist. Ook zijn betoog dat men 'een ogenblik' zou kunnen menen dat art. 6:162 lid 3 BW de rechtspositie van de benadeelde 'in belangrijke mate' verbetert zit op dit spoor.³²⁶

Zouden deze opvattingen benadeelden hebben afgehouden van

322. A.w. blz. 62.

323. AA-noot blz. 366/7.

324. Zie NJ-noot onder 1 en 8. Maar hij geeft aan dat de Hoge Raad de regel niet geheel 'overneemt' (onder 8 en 9).

325. Onrechtmatige Daad VIII, nr. 192a.

326. Asser-Hartkamp III, a.w. nr. 202.

het instellen van een vordering, dan zou dat berusten op verwaarlozing van belangrijke indicaties die in andere richting wijzen. Naast de al genoemde interpretaties die destijds aan het Jumbo-arrest werden gegeven verdient vermelding dat in de literatuur ook andere dan de zojuist genoemde geluiden zijn te beluisteren.³²⁷

De lagere rechtspraak vanaf het lekkende-kruikarrest geeft een enigszins wisselend beeld te zien. In elk geval kan daaruit niet worden afgeleid dat het enkele in het verkeer brengen van een gebrekkig produkt tot aansprakelijkheid leidt. Zelfs niet behoudens tegenbewijs door de producent dat 'schuld' ontbrak. In dit verband verdient nog opmerking dat de jurisprudentie ingeval van letselschade een grotere coulance aan de dag lijkt te leggen dan ten opzichte van zaakschade. Een ontwikkeling die trouwens al vóór 1973 inzette.³²⁸

3.7.3 De tachtiger jaren: een kroon op de slachtofferbescherming?

Aan het einde van de tachtiger jaren kreeg de Hoge Raad te oordelen over een geval van produktaansprakelijkheid voor medicijnen.³²⁹ Het ging om in 1977 in het verkeer gebrachte slaapmiddelen (Halcion), die ernstige bijwerkingen zouden hebben. Van Ommeren c.s. betogen daardoor ernstige schade te hebben geleden. In het arrest zijn twee belangrijke vragen aan de orde: wanneer is een produkt gebrekkig en aan welke vereisten moet zijn voldaan vooraleer onrechtmatigheid kan worden aangewend?

Omtrent de eerste vraag overweegt het college dat daarvan sprake is:

'(...) wanneer het niet de veiligheid biedt die de gebruiker/consu-

327. Me beperkend tot de laatste jaren: A.J.O. van Wassenae van Catwijck, Produktaansprakelijkheid in Europees verband, 2e druk, blz. 3, (uiteraard) J.M. van Dunné, Verbintenissenrecht deel 2, 2e druk, blz. 549 e.v., J. Knottenbelt, Hoofdstukken a.w., blz. 10. In vergelijkbare zin ook, maar niet geheel consistent, Verkade c.s., a.w. blz. 26 en 161 e.v.

328. Zie de rechtspraak genoemd in Onrechtmatige Daad VIII nr. 183 e.v.

329. IIR 30 juni 1989, NJ 1990, 652 (CJHB).

ment gerechtigd is te verwachten, alle omstandigheden in aanmerking genomen.'

Aldus wordt de maatstaf van de richtlijn (art. 6:186 BW) toegepast. Deze wordt voor het onderhavige geval nader ingevuld. Bezien moet worden of de aard en ernst der mogelijke schadelijke bijwerkingen en de grootte van de kans daarop zodanig zijn dat deze worden gerechtvaardigd door de ernst van de te bestrijden kwaal. Voorts moet worden gelet op omstandigheden als de effectiviteit van het middel in het algemeen, de wijze van produktinformatie zomede de effectiviteit en (potentiële) schadelijkheid van alternatieven. Zijn de bijverschijnselen ernstig, dan moet daarvoor worden gewaarschuwd, ook als de kans daarop gering is.

Het arrest kan zo worden begrepen dat de fabrikant ook moet waarschuwen als hij niet *weet* dat de bijwerkingen ernstig zijn, maar slechts op de hoogte is met de mogelijkheid daarvan.³³⁰ Mijns inziens is aan ernstige twijfel onderhevig of de Hoge Raad dit heeft bedoeld. Veeleer lijkt het erop dat hij heeft willen zeggen: als de ernstige bijwerkingen bekend zijn, maar slechts weinig voorkomen, moet er toch voor worden gewaarschuwd. Zo'n regel is alleszins begrijpelijk.

Met betrekking tot de verwijtbaarheid heeft het Hof – in de ogen van de Hoge Raad kennelijk terecht³³¹ – vooral van belang geacht of de fabrikant met de mogelijk ernstige bijwerkingen bekend was. Niet: bekend had moeten zijn. Laat staan dat een onderzoekplicht wordt aanvaard. In deze lezing is het arrest mijns inziens een belangrijke stap terug. Omdat het kennelijk niet in bestaande theorieën past wordt het, in dit opzicht, veelal doodgezwegen.

3.7.4 *Werkelijk verdere bescherming in de negentiger jaren*

Na het weinig duidelijke Halcion-arrest zet de Hoge Raad daags voor Kerstmis 1993 een belangrijke stap ter bescherming van

330. Aldus Brunner, noot onder 3.

331. Rov 4.4.2 in fine is in dit opzicht niet geheel duidelijk. Ook Brunner leest het arrest als in de tekst weergegeven: NJ-noot onder 3; onder G.E. van Maanen, J. Spier en C.H.W.M. Sterk, in: Aansprakelijkheden, blz. 136.

slachtoffers.³³² Leebeek liep in 1988 snijwonden op aan zijn hand. Deze zouden zijn veroorzaakt bij het opendraaien van de fles, waarbij de hals afbrak. Hij sprak Vrumona aan, die deze flessen in de handel had gebracht.

Vrumona trekt alle registers open. Zij ontkent alles: het causaal verband, het gebrek (in elk geval ten tijde van het in het verkeer brengen) en het normaal gebruik van de fles. De vordering wordt afgewezen in feitelijke aanleg; door het Hof omdat het gebrek niet was komen vast te staan. Daarbij acht het van belang dat geen restanten van de fles meer voorhanden waren voor technisch onderzoek. Een opvatting die mijns inziens geenszins onbegrijpelijk is.

De Rechtbank had Leebeek te bewijzen opgedragen dat de fles is afgebroken toen hij trachtte deze op normale wijze te openen. Aan de beoordeling van het bewijs was zij evenwel niet meer toegekomen. Het Hof had zich over deze kwestie niet meer uitgelaten. Ten onrechte, volgens de Hoge Raad. Zou Leebeek immers in het bewijs zijn geslaagd, dan ligt daarin besloten

‘dat de schade is veroorzaakt door een gebrek in de fles, behoudens de aanwezigheid van bijzondere omstandigheden waaruit iets anders zou volgen (...) en behoudens door Vrumona te leveren tegenbewijs’.

In het incidentele cassatieberoep vindt Vrumona het blijkbaar opportuun om een oordeel te krijgen omtrent een reeks van fundamentele bewijslastkwesties. De benadeelde zou moeten bewijzen dat het gebrek reeds bestond toen de fles in het verkeer werd gebracht, dat het daarmee samenhangende gevaar niet eerder kon worden ontdekt, en dat de fles normaal, dat wil zeggen: overeenkomstig de bestemming, is gebruikt. Het antwoord, waarmee zij niet ingenomen zal zijn geweest, luidt aldus: stelplicht en bewijslast van het tegendeel rusten op de producent. Daarmee gaat de Hoge Raad wellicht zelfs een stap(je) verder dan de regel van art. 6:188 BW.³³³

332. IIR 24 december 1993, NJ 1994, 214.

333. Vergelijk W.H. van Boom, A&V 1994, blz. 46 en R.J.J. Westerdijk, Bb 1994 blz. 26. Zie uitvoerig over de bewijslast Dommering-van Rongen, a.w. blz. 283 e.v.

A prima vista heeft het er de schijn van dat het arrest innerlijk tegenstrijdig is.³³⁴ Immers wordt – samengevat – in het principale beroep overwogen dat het Hof zich had moeten uitlaten over de vraag of Leebeek was geslaagd in het bewijs van het normaal openen van de fles, terwijl in het incidentele beroep wordt geoordeeld dat de producent moet stellen en bewijzen dat van normaal openen geen sprake is! Deze schijnbare inconsistentie zal zijn bepaald door een cassatietechnische trek. Noch het middel van Leebeek, noch ook dat van Vrumona was gelukkig. Dat van Leebeek niet omdat blijkbaar als vanzelfsprekend werd aangenomen dat op hem de bewijslast van het ‘normaal openen’ rustte. Daarvan uitgaande oordeelt de Hoge Raad als zojuist vermeld. Het middel van Vrumona niet omdat het geheel onnodig – en daarmee onverstandig – een principiële vraag aan de Hoge Raad voorlegde die tegen de achtergrond van het middel in het principale beroep geen beantwoording behoeft.

Praktisch gesproken komt het arrest er kennelijk op neer dat een normaal gebruik wordt verondersteld en dat de producent het tegendeel moet aantonen. Ik zie niet in hoe hij dat zou kunnen. Al was het maar omdat hij daarvoor geen enkel aanknopingspunt zal hebben. Hij weet niet wat er is gebeurd en al evenmin welke personen het gebeurde hebben gezien (als deze er al zijn). Het enige dat de benadeelde nog zal hebben te stellen en bewijzen is dat het litigieuze produkt de oorzaak is van zijn schade. Met name bij sluipende processen doen zich hier aanzienlijke moeilijkheden gevoelen.³³⁵ Maar ook overigens lijkt het geen theoretische kwestie. Heeft de benadeelde zich verwond doordat bij het afwassen een glas uit zijn hand viel of is de verwonding teweeggebracht door een fles Cola of Spa? Zeker wanneer hij de fles weggooit – hetgeen Leebeek kennelijk had gedaan – is er mijns inziens alle grond hem te belasten met het bewijs tussen de schade en het produkt dat het letsel beweerdelijk zou hebben veroorzaakt. Meer in het algemeen ligt dat voor de hand, al kun-

334. De formulering is ook niet geheel zuiver. Waarom ‘punt (iii)’ na verwijzing nog aan de orde komt terwijl dit ‘voor het overige’ niet meer aan de orde kan komen, is in mijn lezing, niet geheel begrijpelijk. Zie rov 4.2.

335. Zie nader Dommering-van Rongen, a.w. blz. 292/293.

nen bijzondere omstandigheden een uitzondering op die regel rechtvaardigen.³³⁶

3.7.5 Verschil tussen zaak- en letselschade?

lure constituto zal mogen worden aangenomen dat een benadeelde, die letselschade heeft opgelopen, een goede kans heeft gehoor bij de rechter te vinden wanneer hij – met een beroep op art. 6:162 BW – aanklopt voor vergoeding daarvan. Ik formuleer deze regel met opzet enigszins voorzichtig. In 1973 (Jumbo) leek het erop dat een zeer slachtoffervriendelijke koers werd ingezet. In een bepaalde lezing zet het arrest van 1989 (Halcion) een stap terug. Maar niet valt uit te sluiten dat dit niet zo is bedoeld. Het Vrumona-arrest heeft geen betrekking op de 'verwijt'problematiek. Daarom blijft de door het Halcion-arrest opgeroepen twijfel bestaan. Maar het geeft wél een zeer slachtoffervriendelijke bewijsregel. Met name ook daardoor zal in de meeste gevallen een slachtoffer (met letselschade) niet in de kou blijven staan.

Geldt hetzelfde voor zaakschade, geleden buiten de privé-sfeer? Het antwoord op die vraag is nauwelijks te geven.³³⁷ De literatuur heeft voor het probleem nauwelijks belangstelling; rechtspraak is vrijwel niet voorhanden.³³⁸ Gaan we ervan uit dat de strenge koers die de rechtspraak vaart vooral is ingegeven door de wens om slachtoffers met lichamelijk letsel niet in de kou te laten staan, dan is een ontkennend antwoord mogelijk en waarschijnlijk.

Voor zover sprake is van bijkomende omstandigheden – als bijvoorbeeld indringende maar onjuiste reclame – zal aansprake-

336. Zie nader Onrechtmatige Daad art. 188 aant. 6 en meer in het algemeen Schadevergoeding (Boonekamp) art. 98 aant. 12 e.v.

337. Vergelijk L. Dommering-van Rongen, in Asbest en aansprakelijkheid, blz. 53. Knottenbelt, Hoofdstukken a.w., volstaat met de vermelding dat zijn interpretatie van de Jumbo-regel betrekking heeft op personenschade (blz. 12). Anders Van Dunné, a.w. blz. 550.

338. Hof 's-Hertogenbosch 23 april 1974, NJ 1974, 360 gaat op het eerste gezicht vrij ver. Maar tegen de achtergrond van de feiten kan de regel niet schokkend worden genoemd. Hof Amsterdam 20 maart 1975, kenbaar uit HR 29 oktober 1976, NJ 1977, 249 is niet van veel belang. Het arrest is zeer feitelijk; dat de importeur niet aansprakelijk wordt geacht is goed begrijpelijk.

lijkheid al spoedig mogen worden aangenomen.³³⁹ In andere gevallen is twijfel alleszins gerechtvaardigd. Het is, gezien vanuit rechtspolitiek oogpunt, niet zonder meer duidelijk waarom ondernemers onderling zouden moeten kunnen profiteren van (een vorm van) risico-aansprakelijkheid. Noch ook waarom ten opzichte van het benadeelde bedrijf stelplicht en bewijslast zouden moeten worden 'omgekeerd' op de wijze als verwoord in het Vrumona-arrest.

Maar, dit neerschrijvende, realiseer ik me dat het betoogde een anti-modieuze benadering is. We leven in een tijd waarin velen – in elk geval in wetgevende kringen – het voor redelijk, zo niet vanzelfsprekend, houden dat men de gevolgen van in het leven geroepen risico's aanvaardt. Zou men aannemen dat deze trend berust op een breed gedragen visie dat het aansprakelijkheidsrecht zich aldus moet ontwikkelen dan zou er weinig tegen zijn om de besproken arresten te transponeren naar schades buiten de privé-sfeer. Mogelijk omdat ik geestelijk nog te veel leef in de steentijd van het aansprakelijkheidsrecht, ben ik, al met al, geneigd te denken dat de vanaf 1973 ontwikkelde produktaansprakelijkheid slechts betrekking heeft op gevallen van letsel en mogelijk zaakschade in de privé-sfeer.³⁴⁰

3.7.6 *Product recall*

Naar verluidt zou product recall aan betekenis winnen. Wanneer we de publicaties in kranten volgen, dan lijkt die stelling aanneemelijk. Steeds vaker duiken berichten op over gebrekkige producten die kunnen worden 'terugbezorgd'. De met recall gemoeide bedragen zijn vaak aanzienlijk.³⁴¹ Het enkele feit dat producenten producten die schadelijke effecten kunnen sorteren terugnemen, betekent natuurlijk niet dat ze daartoe ook

339. IIR 25 maart 1966, NJ 1966, 279 (GJS), Hof 's-Gravenhage 14 oktober 1949, NJ 1950, 106. Zie voor nadere gegevens Onrechtmatige Daad VIII, nr. 189.

340. Dommering-van Rongen oordeelt in gelijke zin, a.w. blz. 53, doch haar motivering is zwak. De AA-noot van Van der Grinten uit 1966 kan uiteraard niet redengevend zijn voor de vraag of latere ontwikkelingen tot een ander oordeel leiden.

341. Zie P.M. Storm, Product recall, blz. 43. Hij vermeldt dat er (in 1985) al spoedig miljoenen guldens mee waren gemoeid.

rechtens gehouden zouden zijn. Er zullen veelal klemmende commerciële redenen zijn om produkten die (ernstige) schade kunnen berokkenen terug te halen. Publicaties over dood en letsel werken veelal niet verkoop bevorderend.

Waarom het ons hier vooral te doen is of op een producent een verplichting kan rusten om een produkt dat hij in het verkeer heeft gebracht terug te halen op grond van *nadien* gebleken gebreken. Zou dit het geval zijn, dan zou dat een moeilijk te rechtvaardigen inbreuk maken op een belangrijk beginsel van ons recht: wijziging van feiten of recht mag niet meebrengen dat aansprakelijkheid welke aanvankelijk niet bestond, later in het leven wordt geroepen.³⁴²

Tegenstanders van deze opvatting zullen vooreerst aanvoeren dat bedoelde regel niet bestaat. Zij hebben daarin wel en geen gelijk. Wél omdat rechtspraak en op zeer beperkte schaal ook de wetgever soms tegen de regel zondigen. Maar dat laatste doet veeleer uitkomen dat zij wél als uitgangspunt heeft te dienen. Voorts kunnen zij betogen dat het hier gaat om iets anders. De aansprakelijkheid wordt niet gegrond op de al dan niet deugdelijkheid van de destijds in het verkeer gebrachte produkten, maar op het niet reageren op latere bekendheid met gevaren. Dat is, zo zou men kunnen verdedigen, een nieuwe aansprakelijkheid, zodat mijn regel niet wordt geschonden.

Laatstebedoelde tegenwerping berust in hoge mate op semantiek. Zien we door het juridische kunstwerk heen, dan blijft dat aansprakelijkheid zou worden aangenomen in verband met produkten, waarvan – nemen we aan – het in het verkeer brengen niet tot aansprakelijkheid zou hebben kunnen leiden. Dat spreekt geenszins aan. Daar komt bij dat onduidelijk is waar de grenzen liggen. Zou bijvoorbeeld asbest verwijderd moeten worden uit gebouwen (die daartoe vermoedelijk moeten worden afgebroken)? Of moet vloerbedekking waarin dit produkt is verwerkt worden teruggehaald althans verwijderd op kosten van de fabrikant? En, als dat zo zou zijn, moeten dan de lijdens aan aanvankelijk niet voorziene bij-effecten van geneesmiddelen op kos-

342. Vergelijk over deze materie uitvoerig de voortreffelijke bijdrage van O. Haazen in *De rol van de rechter in de moderne westerse samenleving*, blz. 151 e.v., Asser-Vranken, nr. 252 e.v. en *Overgangsrecht* (Wessels) Inl. aant. 10 e.v. Zie nader ook mijn discussie met H.J. Snijders, WPNR 6205 onder 4.

ten van de fabrikant worden geopereerd om deze 'weg te snijden'? Duidelijk moge zijn dat dit een en ander kan leiden tot onoverzienbare consequenties en dus tot chaos.

Hoe wordt in ons land over dit probleem gedacht?³⁴³ De auteurs die zich over het probleem hebben gebogen nemen veelal aan dat een recall-verplichting bestaat, zij het dan dat niet steeds terugname van het produkt geboden is. Soms zal met waarschuwing volstaan kunnen worden.³⁴⁴ Gezien deze nogal ferme opvattingen in de literatuur zou men wellicht verwachten dat er rechtspraak over deze materie zou bestaan. Dat is evenwel nauwelijks het geval.³⁴⁵ Het zou mij niet verbazen wanneer deze rust het komende decennium zou worden doorbroken. En dan niet op het gebied van het – relatief goedkope en uit commerciële hoofde toch aangewezen – waarschuwen, maar op het stuk van daadwerkelijk terughalen, verwijderen en wat dies meer zij.

3.7.7 Verklaring van de trend

Uit hetgeen in 3.7.5 is gezegd volgt dat de aard van de schade (letsel) vermoedelijk de verklaring oplevert voor de ontwikkeling.³⁴⁶ Interessant in dit verband is dat de betekenis die aan letselschade werd toegekend al vele decennia groot lijkt te zijn. Een aanwijzing voor het belang dat wordt gehecht aan vergoeding van letselschade kan mijns inziens ook worden geput uit het DES-arrest.³⁴⁷ Weliswaar ging dat niet over de aansprakelijkheidsvraag zelf, maar de Hoge Raad legt sterk de nadruk op be-

343. Zie voor rechtsvergelijkende gegevens Dommering-van Rongen, a.w. blz. 171 e.v. en in Asbest en aansprakelijkheid, a.w. blz. 56 e.v. en P.M. Storm, a.w.

344. Zie zeer uitvoerig Storm, a.w. blz. 22 e.v., Dommering-van Rongen, in Asbest en aansprakelijkheid, blz. 56 e.v., Verkade c.s., a.w. blz. 167 e.v., Knottenbelt, a.w. blz. 204 e.v. en over de verzekeringsaspecten Van Wassenauer, a.w. blz. 113 e.v. en J.H. Wansink, De algemene aansprakelijkheidsverzekering, 2e druk, blz. 308 e.v.

345. Zie evenwel Rb. Haarlem 18 februari 1992, NJ 1993, 521 (betreft: verwijdering van asbesthoudende vloerbedekking; vordering afgewezen. Geen hoger beroep ingesteld).

346. Zie ook Dommering-van Rongen, in: Asbest en aansprakelijkheid, a.w. blz. 53.

347. HR 9 april 1992, NJ 1994, 535 (CJHB).

scherming van slachtoffers van letselschade.³⁴⁸ In deze benadering ligt voor de hand dat de door de Hoge Raad ontwikkelde regels niet zonder meer kunnen worden getransponeerd naar andere gevallen.

De nadruk die blijkbaar op vergoeding van letselschade ligt, doet de vraag rijzen waarom dit bij produktaansprakelijkheid zoveel eerder geschiedde als bijvoorbeeld bij arbeids- en verkeersongevallen. Het lijkt niet onwaarschijnlijk dat de profijtgedachte of iets dergelijks daarbij een belangrijke rol heeft gespeeld.³⁴⁹ Als die veronderstelling juist is, is zij een hoogst onbevredigende verklaring. Zij is in elk geval geen begin van rechtvaardiging voor ongelijke behandeling met arbeidsongevallen. Maar die observatie is misschien niet zo zinvol. Zij tracht immers de geschiedenis te beoordelen naar de maatstaven van onze tijd.

Een factor is wellicht ook dat het – uit zijn aard – gaat om aangesproken bedrijven. De aard van de laedens zou daarom ook wel eens een factor (van belang) kunnen zijn. Dat geldt ook de voorzienbaarheid. Naar geldend recht zal mogen worden aangenomen dat geen aansprakelijkheid bestaat ingeval de schadelijkheid niet bekend was. Ook in ander opzicht zal de voorzienbaarheid een rol kunnen spelen. Een producent behoeft geen rekening te houden met onaannemelijke of niet te verwachten applicaties van zijn produkt.³⁵⁰

Ten slotte product recall. Het aansprakelijkheidsrecht is hier nog in een zeer pril stadium van ontwikkeling. Zolang rechtspraak vrijwel ontbreekt is er geen ontwikkeling en valt zij niet te verklaren.

348. Vooral rov 3.7.2. Doch, en daarom past voorzichtigheid bij de redenering, de Hoge Raad gaat er, ook in die overweging, van uit dat de producenten een fout hebben gemaakt.

349. Verkade c.s. vermelden de 'spreidingsgedachte', a.w. blz. 21. Men kan ook, zoals bijvoorbeeld L. Dommering-van Rongen (NJB 1977 blz. 647) spraken van 'risiko-gedachte', maar dat is mijns inziens een nietszeggende verklaring. De al genoemde TM noemt vooral praktische argumenten: PG boek 6 blz. 783.

350. Eender Dommering-van Rongen, a.w., blz. 53. Daaraan doet niet af dat de producent rekening moet houden met het feit dat niet iedere gebruiker de geëigende voorzorgsmaatregelen zal nemen: HR 2 februari 1973, NJ 1973, 315 (HB). Dat is immers voorzienbaar.

§ 3.8 Milieu-aansprakelijkheid

'Man muß sich (...) die Tatsache bewußt sein, daß sehr enge Zusammenhänge zwischen einzelnen Ereignissen, gesellschaftlichen Trends und Weiterentwicklungen des Rechts (...) bestehen.'³⁵¹

3.8.1 *Inleiding en afbakening*

Delictuele milieu-aansprakelijkheid is vermoedelijk een van de onderwerpen die het meest in beweging zijn en waarover het meeste is geschreven.³⁵² Dat geldt ook internationaal.³⁵³ Het is daarom geen dankbare taak en trouwens ook niet wel doenlijk om de ontwikkelingen summierlijk in kaart te brengen. Hierna wordt volstaan met het trekken van enkele grote lijnen.

351. Schmidt-Salzer, *Kommentar zum Umwelthaftungsrecht* blz. 103.

352. Zie voor Nederland reeds de volgende recente proefschriften: W.Th. Braams, *Buitencontractuele aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen* (Utrecht 1989), E. Bauw, *Buitencontractuele aansprakelijkheid voor bodemverontreiniging* (UvA 1994), E.A. Messer, *Risico-aansprakelijkheid voor milieu-verontreiniging in het BW* (Utrecht 1994), P.A. Kottenhagen-Edzes, *Onrechtmatige daad en milieu* (Rotterdam 1992), E.H. Hulst, *Grondslagen van milieu-aansprakelijkheid* (Rotterdam 1993) en ten dele ook C.H.W.M. Sterk, *Verhoogd gevaar in het aansprakelijkheidsrecht* (Tilburg 1994). Voorts: R.J.J. van Acht, E. Bauw, J.H. Jans en N.S.J. Koeman, *Milieu-privatrecht en een schier eindeloze reeds van artikelen waarvan slechts wordt genoemd de bekende discussie tussen J.B.M. Vranken en J.M. van Dunné*, WPNR 5953/55 en 5976.

353. Onder meer kan worden gedacht aan het Verdrag van Lugano inzake Civil liability for damage resulting from activities dangerous to the environment (1993), het Duitse Umwelthaftungsgesetz, waarover bijvoorbeeld het aangehaalde standaardwerk van Schmidt-Salzer, het Vlaamse (ontwerp) decreet Milieubeleid, waarover het meer dan 1000 pagina's tellende gelijknamige rapport van de Interuniversitaire Commissie ter Herziening van het Milieurecht in het Vlaamse Gewest, en de Engelse Environment Act 1995, waarover kort V.M. Fogelman, (1995) IJIL, 268 e.v. en B. Jones, TMA 1995, blz. 159 e.v. Zie voor de Verenigde Staten R.B. Stewart, TMA 1991 blz. 89 e.v. Intussen is kennelijk ook aldaar het besef doorgedrongen dat de Superfund-regeling bezwaren ontmoet. De oplossing wordt gedeeltelijk gezocht in, door verzekeraars te betalen, fondsen. Zie voor de moeilijkheden die daardoor ontstaan 2.11. In Frankrijk is het probleem sedert 1964 gedeeltelijk opgelost via belastingen. Zie G. Viney, *Traité de droit civil, introduction à la responsabilité civile* (2e dr 1995) nr. 47. Nochtans is naar haar oordeel een specifieke civielrechtelijke oplossing wenselijk (nr. 57). Ten slotte kan nog worden gewezen op de Model Wet inzake Milieubescherming van de Raad van Europa, waarover C. Lambers, TMA 1996, blz. 1 e.v.

Uit praktische overwegingen richt ik me daarbij vooral op gevallen van bodem- of grondwaterverontreiniging. Dat aspect wordt immers, terecht, beschouwd als het neteligst. Ook de betrokken belangen zijn daarbij het grootst. De veel omstreden relativiteitskwestie laat ik rusten. Daarover is al genoeg geschreven. Daar komt bij dat het hier een zeer specifiek terrein betreft dat alleen betrekking heeft op verhaal door de overheid krachtens art. 21 IBS. En wel, zo vloeit voort uit de jurisprudentie, verhaal ter zake van verontreinigingen van vóór 1975.³⁵⁴

Alvorens te bezien hoe het op art. 6:162 BW geënte aansprakelijkheidsrecht zich ten deze heeft ontwikkeld, lijkt nuttig erop te wijzen dat milieuschade zich het laatste decennium in een bijzondere belangstelling van de wetgever mag verheugen. Een trend die zich geenszins tot ons land beperkt. We leven in een tijd waarin bescherming van het milieu tot één van de meest nastrevenswaardige doelen is verheven. Dit komt tot uiting in de invoering van een aantal risico-aansprakelijkheden (art. 6:175 e.v. BW).³⁵⁵ Hoewel deze bepalingen niet louter op milieu-aantasting betrekking hebben, heeft zij bij de introductie wel een belangrijke rol gespeeld. Dat geldt nog eens te meer voor de inmiddels aangepaste verjaringsregeling. Deze is met name toegepast op het hier beschreven terrein.³⁵⁶

De invoering van bedoelde risico-aansprakelijkheden had evenwel geen invloed op feiten die zich in het verleden hebben voorgedaan.³⁵⁷ Anders, maar niet helemaal zuiver, gezegd: ze hebben geen terugwerkende kracht. Voor gevallen van 'oud zeer' boden zij geen soelaas. Omdat het hier, naar de inzichten van de overheid, ging om een belangrijk maatschappelijk probleem dat niet ten detrimente van de algemene middelen zou moeten worden opgelost, is gekozen voor een administratiefrechtelijke benade-

354. HR 24 april 1992, NJ 1993, 643 en 644 en HR 30 september 1994, RvdW 1994, 185/188.

355. Zie bijvoorbeeld MvT w.o. 21 202 blz. 3 e.v. en 13, MvA II blz. 5, MvA I blz. 5, Hand. TK 3 december 1992, blz. 31-2325 en idem 11 mei 1993 blz. 67-4785. Terecht wijst Messer, a.w. blz. 17 erop dat de nadruk ligt op milieubescherming. 356. Dit volgt reeds uit de tekst van art. 3:310 lid 2. Zie expliciet ook MvT w.o. 22 599 blz. 1 e.v.

357. De stelling is niet geheel juist. Zie voor nuancering J. Spier en C.H.W.M. Sterk, Aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen blz. 33/34.

ring: het saneringsbevel, dat kan worden gegeven aan de veroorzaker of de eigenaar³⁵⁸ (art. 43 Wbb).³⁵⁹ De verwijtbaarheidsvraag speelt, althans ten aanzien van de veroorzaker, geen enkele rol. Niet onbelangrijke uitzonderingen daargelaten³⁶⁰ heeft deze regeling wél terugwerkende kracht.³⁶¹ Dat geldt ook voor de veranderingen die zijn aangebracht in de verhaalsbevoegdheid van de overheid langs civielrechtelijke weg,³⁶² doch het belang daarvan lijkt asymptotisch tot nul te naderen.³⁶³

Als gezegd: de ontwikkelingen die zich in Nederland voltrekken spelen ook in andere landen. Ook daar geldt dat ze van vrij recente datum zijn. Zo valt het Duitse Umwelthaftungsgesetz terug te voeren op de commotie rond het Sandoz-ongeval uit 1986.³⁶⁴ Het Verdrag van Lugano rept in de considerans van een van de doelen van de Europese Unie 'to contribute to the quality of life of human beings, in particular by promoting a natural, healthy and agreeable environment', terwijl voorts de Verklaring van Rio (1992) wordt aangeroepen. Ingevolge deze laatste rust op de Staten een verplichting hun recht te 'ontwikkelen' 'regarding liability and compensation for the victims of pollution and other environmental damage'. De wens om ten deze Europese regels te ontwerpen gaat terug tot 1986.³⁶⁵

358. Eigenaar is iets te eng. Zie art. 43 lid 2 Wbb.

359. Zie daarover bijvoorbeeld W. Konijnenbelt, TMA 1995 blz. 133 e.v.

360. Waarbij ook valt te denken aan de door de Raad van State geopperde mogelijkheid dat – kort gezegd – een bevel slechts kan worden gegeven, wanneer de overheid schadevergoeding betaalt. Zie advies w.o. 23 589 A blz. 4/5.

361. Zie voor uitzonderingen art. 46 Wbb. De regeling is onderwerp geweest van veel kritiek. Zie onder meer P. Kuipers, WPNR 6039 onder 6 en J. Spier, TMA 1991 blz. 23 e.v. In Engeland is in 1995 een soortgelijke regeling vervaardigd. Deze roept ook met terugwerkende kracht aansprakelijkheid voor veroorzaker en eigenaar in het leven. Zie B. Jones, TMA 1995 blz. 159. Zijn geruststellende opmerking op blz. 166 is mijns inziens weinig overtuigend.

362. Zie art. VI. Ook en vooral op dit punt is zeer veel kritiek uitgeoefend. Zie onder veel meer P. Kuipers, WPNR 6039 en O. de Savornin Lohman, BR 1994 blz. 292 e.v. en 805 e.v. Zie in andere zin J.B.M. Vranken, Publicaties Ver. voor Milieurecht 1992-4 blz. 2 e.v.

363. Zie voor uitwerking WPNR 6168 onder 8. Eender P. Kuipers, TVVS 1995 blz. 92. Iets voorzichtiger J. Hijma, AA 1995 blz. 283. Anders P.F.A. Bierbooms, TMA 1995 blz. 97 e.v.

364. Schmidt-Salzer, a.w. blz. 94 e.v. Hij wijst erop dat het hier gaat om een Europese ontwikkeling (blz. 101 en 105).

365. Zie Explanatory Report onder 2.

Het vorenstaande voert tot de slotsom dat vandaag de dag sprake is van een streng milieu-aansprakelijkheidsregime. Degene die milieuschade heeft veroorzaakt en in veel gevallen tevens de eigenaar van de vervuilde grond kan langs civielrechtelijke of administratiefrechtelijke weg worden aangesproken. Hierna komt aan de orde of de huidige situatie een wezenlijke trendbreuk vormt met het verleden. Het gaat daarbij niet om een exercitie die louter rechtshistorische betekenis heeft. In de eerste plaats valt te bedenken dat de saneringsbepalingen benadeelden, die niet tot de overheid behoren, geen baat brengen. Als gezegd hebben de nieuwe risico-aansprakelijkheden geen betrekking op vóór hun inwerkingtreding voorgevallen feiten, waaruit schade is voortgevloeid. Ten slotte zijn de nieuwe artikelen, zij het slechts in beperkte mate, lacuneus.³⁶⁶ In al deze gevallen zal de benadeelde op de door art. 6:162 BW geregeerde aansprakelijkheid moeten terugvallen.

3.8.2 Dogmatisch uitgangspunt

Bij het navolgende ga ik ervan uit dat naar geldend recht voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad in beginsel vereist is dat op een of andere wijze wordt getoetst aan de maatschappelijke zorgvuldigheid. Hetzij in het kader van het tweede lid van art. 6:162 BW (met toepassing van de leer Smits), dan wel door daaraan in het raam van het derde lid te toetsen.³⁶⁷ Deze benadering brengt mee dat het enkele inbreuk maken op een recht als onvoldoende wordt gezien voor het in het leven roepen van aansprakelijkheid (aannemend dat sprake is van relativiteit³⁶⁸, schade en causaal verband). Ik realiseer me dat het hier iure

³⁶⁶. Zie Sterk, a.w. blz. 293/4.

³⁶⁷. Zie nader mijn uiteenzetting in de Schoordijk-bundel blz. 267 e.v. In gelijke zin wvd A-G Bloembergen voor HR 20 april 1990, NJ 1991, 53 onder 2.4.
³⁶⁸. Dit leerstuk is door de Hoge Raad niet als zelfstandig vereiste 'afgeschaft' in gevallen waarin sprake is van inbreuk op een recht of handelen in strijd met een wettelijk voorschrift. Zie HR 30 september 1994, NJ 1996, 199 CJHB rov 4.3.2. Weliswaar wordt slechts *expressis verbis* gesproken over handelen in strijd met de wet, maar dit wordt afgezet tegen handelen in strijd met 'ongeschreven zorgvuldigheidsnormen'. Ook rov 3.5 van HR 30 september 1994, NJ 1996, 196 CJHB wijst in deze richting.

constituto gaat om een omstreden kwestie.³⁶⁹ Maar de, niet steeds even duidelijke, rechtspraak van de Hoge Raad zal mijns inziens veelal aldus moeten worden begrepen.³⁷⁰ Een andere mogelijkheid om aan de hier besproken moeilijkheid te ontsnappen is een gedraging niet als inbreuk *aan te merken*.³⁷¹ Qua resultaat komt zij op hetzelfde neer.

Tot op grote hoogte geldt hetzelfde voor handelen in strijd met een wettelijk voorschrift.³⁷² Door Bauw is betoogd dat bij zodanige strijd onder omstandigheden wél ipso iure onrechtmatig wordt gehandeld.³⁷³ Zijn betoog acht ik in het algemeen overtuigend. Met name ook omdat in bedoelde gevallen vrijwel steeds tevens in strijd met de maatschappelijke betamelijkheid zal zijn gehandeld. In dat verband komt bijzondere betekenis toe aan een van de door hem genoemde voorwaarden: de norm moet een voldoende duidelijk omschreven gedraging gebieden of verbieden.³⁷⁴ In zodanige situatie zal aan de hand van de maatschappelijke betamelijkheid die norm moeten worden ingevuld.³⁷⁵ De consequentie daarvan is, denk ik, dat de weinig zeggende bepalingen zoals bijvoorbeeld vervat in art. 14 Wbb en 1.1a Wet milieubeheer weinig betekenis zullen hebben voor civielrechtelijke aansprakelijkheid.³⁷⁶

369. Zie voor gegevens Onrechtmatige Daad (Jansen) art. 162 lid 2 aant. 3 en 72, art. 162 lid 3 aant. 7 en voor een uitvoerige, gedocumenteerde uiteenzetting Bauw, a.w. blz. 62 e.v.

370. Vergelijk HR 27 mei 1994, NJ 1994, 590, waarover – in deze context – G.E. van Maanen, NTBR 1995 blz. 30 e.v.; zie ook HR 24 september 1993, NJ 1994, 226 en HR 2 december 1994, NJ 1995, 288 (Ma). De hier geopperde stelling lijkt steun te vinden in het boeiende betoog van H.L.J. Roelvink, in de Brunnerbundel (CJHB) blz. 325 e.v.

371. Bijvoorbeeld HR 10 maart 1972, NJ 1972, 278 (GJS), 25 september 1981, NJ 1982, 315 (CJHB) en (mogelijk) HR 22 april 1994, NJ 1994, 624 (CJHB); Brunner plaatst dit arrest 'waarschijnlijk' in de leer Smits (noot onder 3). Mijns inziens past het vermoedelijk beter bij de in de tekst verdedigde 'leer'. Zie ook A&V 1994 blz. 104.

372. Ook hier zijn de opvattingen verdeeld. Zie Onrechtmatige Daad (Jansen) art. 162 lid 2 aant. 67.

373. A.w. blz. 83 e.v.

374. A.w. blz. 92.

375. Idem blz. 93. Eender Onrechtmatige Daad (Jansen) art. 162 lid 2 aant. 71.

376. Zie voor een enigszins andere benadering Handboek Milieu-aansprakelijkheid (Verschuuren) G1000 onder 5.

3.8.3 De gevaarzettingsnorm

3.8.3.1 Algemene opmerkingen

Elders in dit preadvies wordt aandacht besteed aan de gevaarzettingsjurisprudentie. Hier kan derhalve met enkele korte opmerkingen worden volstaan. Daarbij wordt vooral ingegaan op de aansprakelijkheid ter zake van schade veroorzaakt door gevaarlijke stoffen. De discussie daarover spitst zich met name toe op de vraag hoe streng de eisen zijn die gesteld moeten worden aan de kennis omtrent het gevaar ervan.

Zeker niet iedere onwetendheid zal automatisch aansprakelijkheid teweegbrengen.³⁷⁷ Ware dat anders, dan zou avant la lettre een risico-aansprakelijkheid in het leven zijn geroepen, die de Hoge Raad in bestendige jurisprudentie sedert 1850 van de hand heeft gewezen.³⁷⁸ De introductie van art. 6:173 en 6:175 BW geeft aan dat ook de wetgever die mening is toegedaan.

In de loop van deze eeuw is een groot aantal arresten gewezen waarin aan de orde is of aansprakelijkheid bestaat in geval van – kort gezegd – gevaarzetting. Elders is daaraan ruim aandacht besteed.³⁷⁹ Waarop het hier vooral aankomt is de betekenis van het omstreden Natronloog-arrest.³⁸⁰ De vraag of dit arrest een breuk teweegbracht met het voordien geldende recht is eveneens van belang, ook voor het hier beschreven onderwerp.

3.8.3.2 Het Natronloog-arrest

De casus van het Natronloog-arrest mag bekend worden verondersteld. De Hoge Raad overwoog:

'Het is in strijd met de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer wordt vereist met het oog op de veiligheid van al degenen die tussen het moment van het buiten klaarzetten van vuilniszakken en dat van de afvoering ervan door de vuilnisophaalendienst met de

377. Zie recentelijk IIR 6 oktober 1995, NJ 1996, 106.

378. Zie onder meer HR 7 november 1850, W 1218 en HR 22 juni 1979, NJ 1979, 535 (GJS).

379. Zie voor een overzicht, zij het met uiteenlopende conclusies, onder meer J.B.M. Vranken, WPNR 5953/3, J.M. van Dunné, WPNR 5976 en in Verbintenissenrecht deel 2, 2e druk, blz. 445 c.v. en G.E. van Maanen, J. Spier en C.H.W.M. Sterk, in Aansprakelijkheden, NGB-Iustrum-bundel blz. 116 c.v.

380. HR 8 januari 1982, NJ 1982, 614 (CJIB).

inhoud van de zakken in aanraking zouden kunnen komen, om een emmertje met onbekende vloeistof in een kartonnen doos met daaromheen niet anders dan een dichtgebonden plastic vuilniszak voor afhaling door een vuilnisophalddienst neer te zetten, tenzij men òfwel weet of gegronde redenen heeft om aan te nemen dat het om een vloeistof gaat die bij aanraking met de mens geen gevaar oplevert, òfwel de betreffende vuilniszak onder controle houdt en degenen die de zak aan wil pakken waarschuwt voor de aanwezigheid daarin van een emmertje met een mogelijk gevaarlijke vloeistof.' (rov 4)

Is dit arrest van belang voor milieu-aansprakelijkheid? In elk geval niet zonder meer. De casus was een volstrekt andere. De geformuleerde regel is in zekere zin nogal toegespitst op het beslechte geval. Om met afval bij de grens van het perceel gaan staan, te wachten tot de buurman verschijnt en vervolgens een mededeling doen over het mogelijke gevaar van het afval mist uiteraard goede zin.

Maar dat laat onverlet dat het eerste deel van de geformuleerde regel ('tenzij ... oplevert') naar het onderhavige terrein zou kunnen worden getransponeerd. De regel zou dan luiden: men mag zich slechts van afval ontdoen, wanneer men weet of gegronde reden heeft aan te nemen dat het geen gevaar oplevert voor mens of, zo voeg ik toe, milieu. Deze veralgemening van de regel lijkt toelaatbaar, tenzij het arrest zo zou moeten worden begrepen dat het louter op het voorliggende geval is toegesneden; dat de Hoge Raad niet anders heeft gewild dan een resultaat bewerkstelligen waarin de getroffen vuilnisman zijn schade vergoed kreeg.

Deze laatste interpretatie is door een aantal gezaghebbende auteurs verdedigd.³⁸¹ Anderen – onder wie ik mij schaar – houden haar voor onjuist.³⁸² Het arrest zelf geeft aan dat het in elk geval

381. Bijvoorbeeld J.B.M. Vranken, Mededelings-, informatie- en onderzoeksplichten in het verbintenissenrecht blz. 157, Bauw, a.w. blz. 125, Van Acht c.s., a.w. blz. 32, wvd. A-G Bloembergen voor HR 22 april 1994, NJ 1994, 624 onder 3.3. In vergelijkbare zin ook A-G Koopmans, voor HR 30 september 1994, NJ 1996, 196 CJHB onder 10.

382. In deze zin bijvoorbeeld Brunner in zijn NJ-noot onder 1 in fine (waarschijnlijk), J.M. van Dunné, TMA 1987 blz. 5 en Verbintenissenrecht deel 2, 2e druk, blz. 329 en Braams, a.w. blz. 368/9. Een soort tussenpositie lijkt te worden ingenomen door Huilst, a.w. blz. 184 e.v. en 228.

niet *alleen* ziet op de vuilnisman. Immers wordt gesproken van '(...) al degenen'. Maar daarmee is nog niet gezegd dat het *dus* naar gevallen waarin geen sprake is van letselschade mag worden getransponeerd. Te minder nu uit een recent arrest is gebleken dat de regel niet (zonder meer) geldt in geval van zaakschade.³⁸³ Hoewel ik het op zich eens ben met Koopmans dat 'de vraag is of men op fundamenteel ongelijke situaties wel dezelfde regels moet toepassen'³⁸⁴ en ook dat de Hoge Raad kennelijk 'wars is van algemene regels',³⁸⁵ lijkt verdedigbaar³⁸⁶ dat het Natronloog-arrest ook dienst kan doen in geval van milieu-aansprakelijkheid.³⁸⁷ Zo dat al niet gold voor 1982, ligt voor de hand dat zulks thans het geval is. Zulks tegen de achtergrond van de onder 3.8.1 summierlijk geschetste ontwikkelingen. De terughoudendheid van de Hoge Raad, waarover meer onder 3.8.4, vermag daaraan niet af te doen. Deze zal zo moeten worden verstaan dat zij met name betrekking heeft op 'oude gevallen'. Zie onder 3.8.7.

Het zojuist betoogde betekent *niet* dat per saldo een risico-aansprakelijkheid in het leven is geroepen. En wel om drie redenen. Deze komen hierna aan bod.

3.8.3.3 Het Kelderluik-correctief

Aangenomen zal mogen worden dat de Kelderluik-criteria³⁸⁸ bij de invulling van deze norm een rol spelen.³⁸⁹ Meer in het bijzonder de kosten die zijn gemoeid met het doen van onderzoek

383. HR 22 april 1994, NJ 1994, 624 (CJHB).

384. Conclusie voor HR 30 september 1994, NJ 1996, 196 (CJHB) onder 9.

385. Idem onder 10.

386. Ik benadruk 'verdedigbaar'. Gezien de hiervoor genoemde afwijkende geluiden van gezaghebbende auteurs past voorzichtigheid. Zie ook A&V 1994 blz. 105.

387. Door het ontwikkelen van een ad hoc regel komt Koopmans in de betreffende zaak tot een vergelijkbaar resultaat. Zie NJ 1996, 196 onder 14 e.v.

388. HR 5 november 1965, NJ 1966, 136 (GJS).

389. Zie in gelijke zin Kottenhagen-Edzes, a.w. blz. 183/4, A.F. Verdam, in Aansprakelijkheden blz. 214 en Braams, a.w. blz. 369/70. Nog een stapje verder gaat A.G. Castermans, WPNR 5976 blz. 629/30. Hij acht 'denkbaar dat de maatschappelijke opvattingen meebrachten dat ook kenbaar milieu-gevaarlijke activiteiten werden getolereerd'.

en de reële mogelijkheden daartoe.³⁹⁰ Voorts is van belang of er alternatieven voorhanden waren, in elk geval wanneer het gaat om 'door de overheid toegelaten en maatschappelijk aanvaarde produkten'.³⁹¹ Het gaat hier om een beperking van de aansprakelijkheid die mijns inziens niet valt te sublimeren onder de in het Kelderluik-arrest genoemde 'bezwaarlijkheid'. Tot voor het arrest Staat-Shell 'genoot' de relevantie van alternatieven vooral bekendheid in de jurisprudentie inzake arbeidsongevallen.³⁹² Hierna zal blijken dat deze factor mogelijk van belang is.

3.8.3.4 *Stortingen op legale stortplaats*

Ook in het verleden kwam het voor dat op legale stortplaatsen werd gestort. Het lijkt aannemelijk te veronderstellen dat degene die zich aldus van afval onttreedt van (verdere) aansprakelijkheid is gevrijwaard. Hij zou dat zijn bij veronderstelde toepassing van art. 6:176 BW (een risico-aansprakelijkheid).³⁹³ Het ligt niet voor de hand te veronderstellen dat de schuldaansprakelijkheid van art. 6:162 BW een strengere aansprakelijkheid te zijnen aanzien in het leven roept dan art. 6:176 BW. Daaraan doet niet af dat onder het oude recht mogelijk niet voetstoots zal mogen worden aangenomen dat de exploitant van de stortplaats aansprakelijk is.³⁹⁴

3.8.3.5 *Past de rechter de Natronloog-leer toe?*

Het is niet eenvoudig om aan te geven of de wijze waarop de lagere rechtspraak invulling aan de onrechtmatigheid geeft als

390. Zie nader C.C. van Dam, *Zorgvuldigheidsnorm en aansprakelijkheid*, diss. Utrecht 1989 blz. 220 e.v.

391. HR 30 september 1994, NJ 1996, 196 CJHB rov 3.8.5. Elders ben ik uitvoerig op deze materie ingegaan. Kortheidshalve zij verwezen naar WPNR 6167 onder 5. Opmerking verdient nog dat de beschikbaarheid van alternatieven ook wordt genoemd in art. 75 lid 5 2° Wbb.

392. HR 6 april 1990, NJ 1990, 573 (PAS) rov 3.4. Vergelijk HR 25 juni 1993, NJ 1993, 686 (PAS) rov 3.8.4.

393. Zie art. 6:176 lid 5. Lid 5 spreekt, voor zover hier van belang, van aansprakelijkheid krachtens art. 6:175. In geval van bijkomende omstandigheden is denkbaar dat wel aansprakelijkheid krachtens art. 6:162 BW zal ontstaan. Doch deze kan, zo wil het mij voorkomen, niet enkel worden gegrond op de storting van gevaarlijke stoffen.

394. Zij werd aanvaard door Rb. Almelo 2 december 1992, *Handboek Milieu-aansprakelijkheid* (jurisprudentie) nr. 39.

streng moet worden gekwalificeerd. Deze moeilijkheid vindt daarin haar grondslag dat de meeste zaken zozeer zijn verweven met feiten van technische aard – waaronder de bekendheid met specifieke gevaren in een bepaalde tijd – dat het voor een jurist zonder kennis van zaken onverantwoord zou zijn daarover een gefundeerd oordeel uit te spreken. Noch ook valt het licht van de meeste uitspraken nauwkeurig aan te geven in welk juridisch kader ze moeten worden gepast. Een euvel waaraan de (Nederlandse) jurisprudentie in meer algemene zin vaak laboreert.

Daar komt nog het volgende bij. Niet zelden is twijfel gerechtvaardigd of de gevaarzettingenleer, zoals uitgewerkt in het Natronloog-arrest, wordt toegepast, dan wel of een ad hoc invulling wordt gegeven aan de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer betaamt. Het praktisch belang van die discussie is vermoedelijk zeer gering. In beide gevallen wordt kennelijk uitgegaan van de gedachte dat op de aangesprokene een verplichting rustte om ten minste een zekere wetenschap te hebben over de zaken of stoffen waarvan hij zich onttreed.

3.8.4 De invulling der maatschappelijke betamelijkheid

3.8.4.1 De bekendheid met het gevaar

In het voorafgaande ligt besloten dat de rechtspraak bijzondere aandacht zou moeten schenken aan de vraag of de 'vervuiler' bekend was of had moeten zijn³⁹⁵ met het gevaar dat aan zijn zaken of stoffen kleefde. Omdat de bekendheidsvraag in veel gevallen bevestigend werd beantwoord,³⁹⁶ werd in een niet onbeduidend aantal gevallen het oordeel geveld dat onrechtmatig was gehandeld, soms in een lang vervlogen verleden.

Van groot belang is de wijze waarop het bekendheidscriterium vorm werd gegeven. Dat geldt zowel wanneer de Natronloog-leer toepassing zou vinden als wanneer dat niet het geval is. Het grote verschil tussen beide varianten zit, naar ik meen, vooral in de bewijspositie. Zou de Natronloog-leer onverkort kunnen worden

395. Vranken wijst erop dat het 'of bekend had moeten zijn' berust op nieuwe inzichten in de jurisprudentie. Zie Mededelings-, informatie, en onderzoeksplichten in het verbintenissenrecht blz. 156.

396. Zie bijvoorbeeld de jurisprudentie genoemd in Onrechtmatige Daad (Jansen) art. 162 lid 3 aant. 30.7.

toegepast, dan zou dat denkelijk meebrengen dat de aangesprokene zou moeten aantonen dat hij *niet* op de hoogte was. Dit volgt uit de eerder aangehaalde passage '(...) tenzij men òfwel weet of gegronde redenen heeft om aan te nemen dat (de stof ...) geen gevaar oplevert'. In het andere geval zal de hoofdregel van art. 177 Rv moeten worden toegepast en zal de bewijslast in beginsel op eiser rusten.³⁹⁷

Hoe werd met het bekendheidscriterium omgesprongen? De meer gangbare opvatting is dat, ook in het milieurecht, geen rekening behoeft te worden gehouden met geheel onbekende gevaren.³⁹⁸ Trouwens: hoe zou men dat ook kunnen? Met juistheid heeft Vranken betoogd dat men niet in den blinde onderzoek hoeft te doen naar gevaren die men zelf niet kent of behoeft te kennen.³⁹⁹ Ook zal vereist zijn dat ten minste enige mate van zekerheid omtrent het gevaar bestaat.⁴⁰⁰

Aangenomen zal mogen worden dat het aankomt op de inzichten die men had of had behoren te hebben in de kring van de betrokken bedrijven.⁴⁰¹ Uitzonderingen daargelaten (waarbij bijvoorbeeld kan worden gedacht aan multinationals⁴⁰²) zal van bedrijven geen kennisniveau mogen worden gevergd dat redelijkerwijs niet bij hun aard of omvang paste. Alleen al niet omdat dan in zoverre een strengere maatstaf zou worden aangelegd

397. Anders Van Dam, a.w. blz. 142, waartegen Bauw, a.w. blz. 120 noot 68. Eerder heb ik mij ook tegen de opvatting van Van Dam gekeerd: TMA 1991 blz. 100.

398. Wnd A-G Bloembergen voor HR 22 april 1994, NJ 1994, 624 onder 3.1 en 3.2, Van Dam, a.w. blz. 141, MvA II w.o. 21 202 blz. 15/6. Zie, zeer uitvoerig, ook J.B.M. Vranken, WPNR 5953/55 en Bauw, a.w. blz. 118 e.v. Zie voor een andere opvatting J.M. van Dunné, TMA 1988 blz. 36 e.v., een opvatting die – ook volgens zijn eigen inzicht – enigszins is gerelativeerd; zie WPNR 5976 blz. 615 r.k.

399. WPNR 5955 blz. 213 m.k.

400. Eender Bauw, a.w. blz. 130, met een beroep op L. Bier, diss. blz. 201.

401. Bauw, a.w. blz. 122 e.v. Zijn stelling dat 'bedrijfsmatige vervaardigers, gebruikers van of handelaren in stoffen (...) altijd op de hoogte zijn van de identiteit en de aanwezigheid van de stoffen die zij vervaardigen, gebruiken of verhandelen' (blz. 123) lijkt mij té algemeen. Het Zwolse vonnis waarop hij in noot 77 een beroep doet steunt die stelling ook niet, nu daarin wordt gesproken over 'geacht worden bekend te zijn'. Zie ook Hof 's-Hertogenbosch 26 juni 1991, TMA 1992, 145. Zie voorts Van Acht c.s., a.w. blz. 33.

402. In die zin Rb. Rotterdam 9 oktober 1987, TMA 1987, 98 en Rb. 's-Hertogenbosch 16 mei 1986, M&R 1987, 97.

dan bij de risico-aansprakelijkheid van art. 6:175 BW. In die context komt het aan op 'de kring van hen die in het maatschappelijk verkeer met de betreffende stof te maken hebben'.⁴⁰³

3.8.4.2 De 30 september-arresten

Thans weten we dat het niet zonder meer op bekendheid aankomt. Waarom het gaat is niet alleen of men destijds wist of had moeten weten van de gevaren van hetgeen waarvan men zich ontleed, maar *tevens* of men had moeten weten dat daardoor schade zou worden berokkend. Wanneer men grond of grondwater verontreinigt zonder dat dit negatieve gevolgen heeft, dan behoeft – in elk geval voor het verleden – nadere toelichting waarom zulks tot aansprakelijkheid zou moeten leiden.⁴⁰⁴ Zou men destijds zijn uitgegaan van de, naar wij thans menen, onjuiste gedachte dat de grond een auto-herstellend vermogen heeft, dan was er weinig aan de hand.

Het is de Hoge Raad geweest die in een reeks arresten de zoëven kort beschreven koers heeft uitgezet. Arresten die door sommigen zijn verguisd⁴⁰⁵ en door anderen toegejuicht.⁴⁰⁶ In de bewoordingen van de Hoge Raad:

'Ook echter indien in het algemeen zou moeten worden aangenomen dat degene die zich destijds van giftige afvalstoffen ontleed, wist of behoorde te weten dat deze stoffen naar hun aard ernstig gevaar voor de volksgezondheid opleverden, wettigt zulks niet de slotsom dat het destijds ook al onzorgvuldig was zulke afvalstoffen te (doen) storten of daartoe ten afvoer af te geven. In de eerste plaats kan gevaar voor de volksgezondheid in deze situatie niet gelijk worden gesteld met het gevaar voor het milieu dat bij storten en

403. MvT blz. 42.

404. Ik laat rusten dat in deze benadering de grondeigenaar gedurende de 'herstel-periode' met vervuilde grond zat opgescheept.

405. Bijvoorbeeld J.M. van Dunné, NJB 1994 blz. 1329 e.v. en TMA 1994 blz. 166 e.v., P.F.A. Bierbooms en R.A. Taams, NJB 1994 blz. 1339 e.v., M. Duintjer, in: S. Gutwirth en G.E. van Maanen (red.), *De natuur van het milieurecht* blz. 549/550. Duintjer's motivering (een beroep op een artikel in Elsevier (zijn spelling) uit 1958 en een door Van Dunné aangehaalde – nogal algemene en dus weinig zeggende – passage uit de MvT op de ontwerp Bestrijdingsmiddelenwet is niet erg sterk. Zijn betoog loopt (ook) daarin vast dat voor de Hoge Raad – terecht – niet beslissend was de bekendheid als zodanig – wat daar ook van zij – maar de gevolgen voor de bodem.

406. Onder meer J. Hijma, AA 1995 blz. 280 en P. Kuipers, TVVS 1995 blz. 94.

vervoer betrokken is. Uitgegaan moet voorts worden van de destijds op dit gebied bestaande opvattingen. Niet kan worden gezegd dat bij dit uitgangspunt degene die zich van deze afvalstoffen onttreedt, onzorgvuldig handelde door deze stoffen in de bodem te (doen) storten. Uit deze opvattingen, die erop neerkwamen dat "de bodem een zo groot vermogen tot herstel bezat dat belasting met allerlei stoffen en ingrepen vrijwel straffeloos kon geschieden" (...) kon veeleer geredelijk worden afgeleid dat een verantwoorde wijze om zich te ontdoen van giftige afvalstoffen die gevaarlijk waren voor de volksgezondheid, bestond in het op deugdelijke wijze begraven daarvan, juist omdat aldus zoveel mogelijk zou kunnen worden voorkomen dat mensen ermee in aanraking kwamen.⁴⁰⁷

Hiervan uitgaande oordeelt de Hoge Raad onder meer niet *onrechtmatig* het storten van meer dan 10 000 vaten van ieder 200 liter chemische produkten, waaronder pesticiden.⁴⁰⁸ Dit zo zijnde zal aangenomen mogen worden dat ook het doek valt over vorderingen van benadeelden die zijn terug te voeren op verontreinigingen die vóór 1975 hebben plaatsgevonden. Daarbij is het mijns inziens onverschillig of het gaat om de overheid of om particuliere benadeelden.

3.8.4.3 *Wederom: de Natronloog-leer*

De betekenis van de gevaarzettingsdoctrine voor het milieurecht is aldus goeddeels naar de rechtshistorie verbannen. Groten-deels, want in sommige situaties blijft zij van belang. In de eerste plaats wanneer het gaat om vorderingen die hun grondslag vinden in gebeurlijkheden die na 1 januari 1975 plaatsgrepen; voorts dan, wanneer men zich niet van de afvalstoffen onttreedt door deze 'op deugdelijke wijze te begraven'. A *prima vista* zou men wellicht geneigd zijn te menen dat dan *ipso iure* onrechtmatig wordt gehandeld, maar dat is natuurlijk niet zo. Daarvan zal eerst sprake zijn wanneer de wetenschap bestond of had moeten bestaan dat er aanleiding voor 'deugdelijk begraven' was. Te weten: wanneer de zaken of stoffen potentieel gevaarlijk zijn voor milieu of volksgezondheid.⁴⁰⁹

407. HR 30 september 1994, NJ 1996, 196 CJHB rov 3.8.5.

408. HR 30 september 1994, NJ 1996, 197 CJHB.

409. Volgens E. Bauw (A&V 1995 blz. 7) kan de regel voorts uitzondering lijden ingeval sprake is van handelen in strijd met een wettelijk voorschrift of inbreuk op een recht.

Intussen moet bij de in de vorige alinea bedoelde gevallen nog het volgende worden bedacht. De beschikbaarheid van alternatieven speelt, zoals hiervoor werd aangegeven, een rol bij de beantwoording van de *onrechtmatigheidsvraag*. Blijkbaar is het dus, ook voor verontreinigingen vanaf 1975, *mogelijk* dat onrechtmatigheid ontbreekt omdat er geen zinvol alternatief was voor het zich ontdoen van de afvalstoffen. Een situatie die, bij mijn weten, geenszins theoretisch was. De beschikbaarheid van stortplaatsen was niet zelden beperkt; die van verbranding nog meer. Het voert te ver hier nader op deze – goeddeels feitelijke – materie in te gaan. Waarom het ons hier is begonnen is aan te geven dat de Hoge Raad in 1994 blijkbaar de aansprakelijkheid in elk geval in dit opzicht heeft beperkt.

3.8.5 De betekenis van art. 6:162 lid 3 BW

Het huidige art. 6:162 lid 3 BW biedt de mogelijkheid een onrechtmatige daad aan de dader toe te rekenen buiten schuld. En wel ingeval zij krachtens de wet of verkeersopvattingen voor zijn rekening komt. Hoewel niet ieder zich daarvan bewust lijkt te zijn,⁴¹⁰ zal mogen worden aangenomen dat deze regel ook al vóór de invoering gold. Niet alleen lijkt de Hoge Raad dat met zoveel woorden te hebben willen zeggen,⁴¹¹ maar ook een aantal oude uitspraken kan bezwaarlijk anders worden begrepen.⁴¹² Op een verdwaalde uitzondering na⁴¹³ heeft anticipatie niet geleid tot aanscherping van het aansprakelijkheidsregime op het hier beschreven terrein.⁴¹⁴

Betekent dit dat een nieuwe, op art. 6:162 lid 3 BW geënte, rechtsontwikkeling niet valt te verwachten? Ik ben geneigd die vraag bevestigend te beantwoorden. In de eerste plaats omdat er, door de invoering van de onder 3.8.1 genoemde nieuwe regels, weinig behoefte bestaat aan verscherping van de op art.

410. Zie bijvoorbeeld Bauw, a.w. blz. 148.

411. HR 31 mei 1991, NJ 1993, 112 (CJHB) rov 3.3, HR 11 oktober 1991, NJ 1993, 165 (CJHB) en (C) rov 3.3, en HR 12 juni 1992, NJ 1993, 113 (CJHB) rov 3.2. In gelijke zin Brunner in zijn annotaties.

412. Zie voor een uitvoerig overzicht Onrechtmatige Daad (Jansen) art. 162 lid 3 aant. 37 e.v.

413. Rb. 's-Gravenhage 13 april 1984, BR 1985, 389.

414. Zie Bauw, a.w. blz. 148.

6:162 BW gegronde aansprakelijkheid. Daar komt nog bij dat, gezien de toegenomen kennis en inzichten, toepassing van de reeds geldende regels al spoedig zal leiden tot aansprakelijkheid. Dat zij ook zal worden aanvaard in die gevallen waarin de wetenschap van het gevaar niet bestond – of redelijkerwijs had moeten bestaan – ligt niet in de rede. Alleen al niet omdat dan via de weg van art. 6:162 BW een zwaardere aansprakelijkheid zou gelden dan krachtens art. 6:175 BW.⁴¹⁵ Zo'n resultaat zou zich zelf veroordelen. Daar komt bij dat voorshands weinig erop wijst dat de rechter de grenzen zal gaan verkennen. Of, anders gezegd, verwacht mag worden dat hij weerstand zal bieden aan pogingen van benadeelden om de grenzen van de aansprakelijkheid af te tasten.⁴¹⁶

3.8.6 *Van ruime naar beperkte aansprakelijkheid en weer terug?*

Afhankelijk van de interpretatie van het Natronloog-arrest is in 1982 een verscherping opgetreden van de aansprakelijkheid voor gevaarstelling.⁴¹⁷ Mijns inziens is verdedigbaar dat de in dat arrest ontvouwde leer ook betekenis heeft voor milieu-aansprakelijkheid. Hoe dat ook zij, door de concrete invulling van de bekendheidscis kwam de lagere rechtspraak, al dan niet met (impliciete) toepassing van deze leer, tot vergelijkbare resultaten.

Op het eerste gezicht houden de 30 september-arresten van 1994 een wezenlijke en opzienbarende trendbreuk in voor verontreinigingen van vóór 1975. Dat lijkt ook het meer gangbare gevoel, dat ook mij aanvankelijk bekreep. En misschien is het wel juist.⁴¹⁸ Maar bij nadere beschouwing is twijfel zeker gerechtvaardigd. Het heeft er mijns inziens de schijn van dat de Hoge Raad ons heeft willen voorhouden dat we ons richten op de

415. Ook Bauw noemt dit argument; nochtans acht hij een large toepassing van art. 6:162 lid 3 BW 'niet a priori afkeurenswaardig' (blz. 151/2). Voorzichtiger ook Asser-Hartkamp III, 9e druk, nr. 92.

416. Vergelijk Asser-Hartkamp, a.w. nr. 92 in fine.

417. Voor de verhouding tot eerdere jurisprudentie verwijs ik naar het door preadviseur Bolt geschreven deel onder 3.4.

418. Zo blijft in elk geval de vraag waarom de Hoge Raad deze benadering, schoon ook toen mogelijk, niet heeft gevolgd in de eerdere arresten over art. 21 IBS.

verkeerde vraag. Het ging er *niet* om of de zaken of stoffen *op zich* gevaarlijk zijn. Waarop het aankomt is of men zich daarvan (tot 1 januari 1975) redelijkerwijs kon ontdoen door 'deugdelijke teraardebestelling'. Het moge zijn dat het hier gaat om een politieke uitspraak,⁴¹⁹ daarmee is niet gezegd dat deze het recht *dus* heeft veranderd. We dwaalden in het recht, door het stellen van de foute vraag.

Voor vervuiling die haar oorsprong vindt na 1 januari 1975 gold tot 1994 de onder 3.8.3 beschreven en onder 3.8.4 uitgewerkte verscherpte⁴²⁰ aansprakelijkheid krachtens art. 1401 (oud) en 6:162 BW. In 1994 introduceerde de Hoge Raad de 'alternatievenredenering'. Deze komt, denk ik, neer op beperking van de aansprakelijkheid, gerelateerd aan de totdien geldende inzichten.

Waar het de *rechtspraak* betreft, levert dit het volgende beeld op. Aanvankelijk werd, op onjuiste grond, al betrekkelijk spoedig aansprakelijkheid aangenomen ter zake van vóór 1975 veroorzaakte verontreinigingen. Sedert de in 1994 gewezen arresten is dat praktisch gesproken niet meer mogelijk. Voor de vanaf 1975 teweeggebrachte milieuschade bleef de rechtspraak een vervuiler-onvriendelijke koers varen, waaraan door het Natronloog-arrest (indien toepasselijk) een extra impuls is gegeven. Sedert de '30 september-arresten' is de aansprakelijkheid weer enigermate beperkt.

Zoals onder 3.8.1 al werd geschetst heeft de *wetgever* de civielrechtelijke aansprakelijkheid inmiddels uitgebreid, vooral door invoering van art. 6:175 e.v. BW. Deze aansprakelijkheid heeft intussen, door de invoering van het saneringsbevel, aan betekenis ingeboet. Afhankelijk van de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak zal de overheid zelfs succes boeken met saneringsbevelen inzake gevallen van oude verontreiniging. Op de vraag of het privaatrecht reeds mogelijkheden biedt om een eigenaar te nopen tot verwijdering van niet door hem teweegge-

419. Eender Hijma, a.w. blz. 280 en J.M. van Dunné, NJB 1994 blz. 1330. Voorzigtiger H.J. Snijders, WPNR 6181 onder 5.

420. Verscherpt, wanneer wordt uitgegaan van de toepasselijkheid van de leer van het Natronloog-arrest. Gaat men daarvan niet uit, dan moet, zoals aangegeven, worden bedacht dat de rechtspraak door spoedig bekendheid aan te nemen al snel tot aansprakelijkheid kwam.

bracht verontreiniging ben ik elders uitvoerig ingegaan.⁴²¹ Het gaat hier om een omstreden kwestie.⁴²² Duidelijke en op milieuaansprakelijkheid toegespitste rechtspraak ontbreekt vrijwel.⁴²³ Het is derhalve ondoenlijk om gefundeerd aan te geven wat het recht ten deze inhoudt en a fortiori of dit is gewijzigd.

3.8.7 *Kan de trend worden verklaard?*

Het belang van een onvervuild milieu mag zich in een immense belangstelling verheugen, binnen en buiten Nederland. De door Van Acht c.s. uitgesproken verwachting dat 'de toegenomen maatschappelijke waardering van het milieubelang' eerder dan in het verleden tot aansprakelijkheid zal leiden,⁴²⁴ ligt zo bezien alleszins voor de hand.

Maar, als gezegd, het pakte anders uit; althans in de rechtspraak. Hoe kan deze koers, die tegen de trend ingaat, worden verklaard? Het trachten deze vraag te beantwoorden is nogal speculatief. Voor een preadvies lijkt dat geen bezwaar, integendeel wellicht.

Tegen de achtergrond van de nationale en internationale ontwikkelingen zou men mogen verwachten dat bijzondere betekenis zou worden gehecht aan de aard van de schade: aantasting

421. WPNR 6168 onder 10, WPNR 6205 blz. 847 e.v. en in de Kleyn-bundel (Quod licet) blz. 395 e.v.

422. Zie voorts uitvoerig F. Bauw, a.w. blz. 158 e.v. Zijn uiteenzetting naar aanleiding van het Veenbroci-arrest (blz. 160 e.v.) acht ik weinig overtuigend. In dat – kennelijk door het te bereiken resultaat geïnspireerde – arrest acht de Hoge Raad het plaatsen van borden voldoende. Duidelijk is dat zulks een weinig kostbare maatregel is, die in geen enkele verhouding staat tot sanering, afdekken en dergelijke meer. Er is dan ook weinig aanleiding de – weinig heldere – leer van dit arrest te transponeren naar milieuaansprakelijkheid en daaraan vervolgens een veel verdergaande consequentie te verbinden. Zeer terecht lijkt Bauw elders ook betekenis te hechten aan het kostenaspect (blz. 167/8). Zie voorts J. de Boer, NJB 1991 blz. 1130, Van Acht c.s., a.w. blz. 45/6, Handboek Milieu-aansprakelijkheid (Koster) A 1200 18/19 en H.J. Snijders, WPNR 6181 onder 7.

423. Zie evenwel Rb. 's-Hertogenbosch 29 juni 1990, M&R 1990, 380, Rb. Assen 25 februari 1992, Handboek Milieu-aansprakelijkheid Jurisprudentie (Spier) nr. 300 en Rb. Groningen 2 april 1993, TMA 1993, 146. Buiten het milieurecht is met name van belang HR 14 oktober 1994, NJ 1995, 720, MS, A&V 1995, 24 e.v. (JS). De precieze consequenties van dit arrest zijn mijns inziens nog onduidelijk. Het voert te ver er in het kader van dit preadvies uitvoerig op in te gaan.

424. A.w. blz. 40. Hun stelling is door mij geparafraseerd.

van het milieu. Voor het heden is daarvan ook daadwerkelijk sprake waar het de *wetgever* betreft. Zie voor uitwerking onder 3.8.1. Anders ligt het voor de rechtspraak; zie onder 3.8.6.

Nu de *jurisprudentie* de aansprakelijkheid niet steeds verder uitbreidt, zou men kunnen menen dat weinig betekenis wordt gehecht aan milieuschade. Bij nadere beschouwing kan men zich evenwel afvragen of zelfs de aard van de schade niet een zekere verklaring kan vormen voor een deel van de jurisprudentie. Hoezeer ook juist dat het milieu *thans* een preponderante positie inneemt in ons (Westerse) denken, dit is eerst een ontwikkeling die aan het begin van de tachtiger jaren inzette.⁴²⁵ Dat de Hoge Raad voor de daaraan voorafgaande periode grote terughoudendheid aan de dag legt, behoeft dus niet werkelijk verrassend te heten. Beziat men de factor 'aard van de schade' derhalve op zich, dan kan deze, voor het verleden, 's Hogen Raads rechtspraak wel verklaren.

Voor het heden is dat moeilijker. De al genoemde 'alternatievenredenering' lijkt een beperking der aansprakelijkheid. Dat ligt niet voor de hand, wanneer veel betekenis wordt gehecht aan aantasting van het milieu.

Ook voor het verleden ontmoet de zoëven ontvouwde redenering bezwaren. Wanneer we onze blik mede richten op de rechtspraak op andere terreinen, dan valt iets merkwaardigs op. De ontwikkeling in het milieurecht loopt uit de pas met die op het stuk van de vergoeding van letselschade. Ook te dien aanzien geldt dat de gedachte dat bijzondere compassie betaamt ten aanzien van personen die letsel hebben opgelopen eerst van betrekkelijk recente datum is. Nochtans ziet de rechtspraak daarin geen beletsel om, met terugwerkende kracht, allerlei nieuwe en steeds verscherpte normen in te voeren. Genoemd behoeven slechts te worden de eigen schuld-rechtspraak en die nopens verkeers- en arbeidsongevallen zomede produktaansprakelijkheid. De moraal van deze vergelijking lijkt te zijn dat letselschade in de ogen van de Hoge Raad een status aparte in moet nemen en van hoger orde is dan milieuschade. Daarmee lijkt tevens gezegd

425. Eerder bijvoorbeeld Schmidt-Salzer, a.w. blz. 106. Illustratief voor ons land is ook de Interimwet bodembescherming die dateert van 29 december 1982 en waarvan de parlementaire behandeling in het zittingsjaar 1980/81 begon.

dat de aard van de schade ten deze geen bijzondere betekenis heeft gespeeld.

Voor terughoudendheid op het hier besproken terrein pleit ook de aard van de gedraging. Recente arresten getuigen daar met zoveel woorden van. Zij reppen immers van 'door de overheid toegelaten en maatschappelijk aanvaarde' produkten.⁴²⁶ Ook de afwezigheid van adequate alternatieven verdient in dit kader vermelding.

Hier is weer een opmerkelijk *verschil tussen rechter en wetgever* te ontwaren. Bij de introductie van de risico-aansprakelijkheden is aan deze factor kennelijk *geen enkel* belang gehecht. In de parlementaire geschiedenis van art. 6:175 BW is gewezen op de potentieel draconische consequenties, aan invoering verbonden. Dienaangaande heeft de Minister 'fijntjes' opgemerkt: 'De uiterste consequentie daarvan is dat een onderneming die deze kosten niet kan dragen, niet levensvatbaar is.'⁴²⁷ Mijns inziens is er geen rechtvaardiging voor deze verschillende benadering.

Ook de voorzienbaarheid van de schade kan, althans waar het oude gevallen betreft, 's Hogen Raads restrictieve koers verklaren. Wanneer men er, met het college, van uitgaat dat men destijds uitging van het zelfherstellend vermogen van de grond, dan was er geen voorzienbaarheid.

De persoon van de gelaedeerde is niet terstond in het beeld te passen. Wél voor zover het gaat om de Staat. Dat een erfenis uit het verleden uit de algemene middelen wordt afgewikkeld is alleszins redelijk. Mogelijk heeft ook een rol gespeeld dat de Hoge Raad weinig gecharmeerd was van de pogingen van de wetgever (het Ministerie van VROM) om zijn jurisprudentie met wetgevend geweld omver te kegelen.⁴²⁸ Doch dit laatste zou geen rol *mogen* spelen. Het talio-denken is, gelukkig maar, allang uit het (privaat) recht gebannen. Hoe dit ook zij, de benadeelde behoeft niet de Staat, of zelfs een kapitaalkrchtig bedrijf te zijn. Zijn particuliere benadeelden of kleine ondernemingen in geding, dan zou voor de hand liggen dat daarmee te hunnen faveur

426. HR 30 september 1994, NJ 1996, 196 CjHB rov 3.8.5. Vergelijk ook Van Dam, a.w. blz. 122.

427. MvA II blz. 24. In dezelfde zin P. Widmer, in: J. Spier (red.), *The Limits of Liability*, blz. 162.

428. Dát daarover onvrede bestaat kan mijns inziens worden afgeleid uit een interview met A.R. Bloembergen, AA 1994 blz. 221.

rekening zou worden gehouden. Zie ik het goed, dan past deze gedachte, waar het 'oude verontreinigingen' betreft, slecht bij 's Hogen Raads botte-bijlmethode. Zie nader onder 3.8.4.2.

Resteert de verzekeraarbaarheid. Daarmee is het (thans)⁴²⁹ slecht gesteld.⁴³⁰ Uit niets blijkt dat dit argument voor de Hoge Raad een rol heeft gespeeld. De wetgever heeft er geen belangstelling voor gehad. Blijkens de parlementaire geschiedenis van het wetsontwerp gevaarlijke stoffen is de wetgever zich bewust geweest van bedoelde beperkingen.⁴³¹ Maar het heeft hem er niet toe gebracht af te zien van het in het leven roepen van een aantal nieuwe risico-aansprakelijkheden.⁴³²

Waar toe leidt dit alles? In de eerste plaats de constatering dat wetgever en rechter een geheel andere koers varen. Voor eerstgenoemde staat herstel van een aangetast milieu zo hoog in het vaandel geschreven dat vrijwel alle andere overwegingen daardoor naar de achtergrond verdwijnen. Daarop is één uitzondering: de wens om de schatkist te ontzien. Bijgevolg moeten anderen, ook oude, verontreinigingen op hun kosten opruimen. De rechter oordeelt veel genuanceerder. Voor het verleden speelt de voorzienbaarheid en mogelijk ook de aard van de (toen nog niet als zodanig onderkende) schade een rol. Verder geldt dat het kennelijk billijker wordt geacht deze schade door de collectiviteit te laten dragen dan door de veroorzakers. Waar het de huidige tijd betreft zijn voorzienbaarheid en economische factoren belangrijke factoren. Voor nieuwe verontreinigingen is hun belang beperkt. Daarvoor kan de benadeelde immers op de huidige wetgeving terugvallen, terwijl de overheid het geduchte saneringsbevel-wapen in handen heeft.

§ 3.9 Onrechtmatige overheidsdaad

'(...) de droom van de staat als gemeenschap is uitgedroomd. Wij zijn niet meer de staat, de staat is een ander. Wij (...) betalen voor

429. Voor oude verontreinigingen geldt dat zij vaak nog onder een oude AVB-polis kunnen worden gebracht. De dekking zal dan in het algemeen zeer beperkt zijn.

430. Zie voor gegevens, Spier/Sterk, a.w. blz. 12 e.v.

431. MvT blz. 27 e.v.

432. MvT blz. 27 en 37; de reden is een afweging van de belangen van benadeelde en laedens.

zijn werkzaamheden door een rijk geschakeerd pallet van directe en indirecte belastingen, sociale lasten en premies. Dit alles naar vermogen en voor het gevoel van velen tot hun uiterste vermogen. Daardoor heeft de burger als het ware zijn entree voldaan. Hij heeft het zijne ertoe bijgedragen dat de overheid het algemeen belang kan behartigen. Maar dan is het onredelijk en onrechtvaardig dat de staat ook maar iets vordert van de burger dat daarboven uitgaat zonder vergoeding.⁴³³

3.9.1 Inleiding

Bezien in historisch perspectief⁴³⁴ is het leerstuk van de onrechtmatige overheidsdaad voorwerp geweest van spectaculaire veranderingen. Tot de kern teruggebracht komen deze hierop neer dat handelen van de overheid vanaf de tweede helft van deze eeuw onbekommerd werd getoetst aan de maatschappelijke betamelijkheid, en nadien ook aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Hierdoor is – om de gevleugelde uitdrukking van Veegens te gebruiken – het oog van de naald geopend waardoor een schier eindeloze reeks kamelen is getrokken. In dit hoofdstuk komt een aantal specifieke aansprakelijkheden aan bod. Voor bespreking daarvan is gekozen omdat de indruk bestaat dat vooral op die terreinen sprake is van een wezenlijk uitdijen van de aansprakelijkheid. Dat geldt nog niet voor de rechtmatige overheidsdaad. Toch lijkt het zinvol om ook daarop in te gaan, al was het maar omdat aannemelijk lijkt dat in de nabije toekomst stormrammen zullen worden ingezet om de sluizen, die vooralsnog een redelijk effectieve bescherming aan de overheid bieden tegen een stortvloed aan vorderingen, te slechten. In het kader van dit onderwerp kan moeilijk geheel voorbij worden gegaan aan de klassieke overheidstaken als bestuur, wetgeving en rechtspraak. Deze zullen derhalve eveneens, zij het in vogelvlucht, de revue passeren.

433. O.A.C. Verpaalen, preadvies VAR 1969 blz. 6/7.

434. Daarbij doel ik dan vooral op deze eeuw. Voordien stelde de rechter zich veel ruimhartiger op. Zie voor onderbouwing van deze stelling Recht en Kritiek 1985 blz. 174 e.v.

3.9.2 De (volle?) toetsing aan alle onrechtmatigheidscategorieën

3.9.2.1 Toetsing aan de maatschappelijke betamelijkheid

Onder 3.9.1 bleek al dat in het kader van op art. 6:162 gegronde vorderingen onbekommerd aan alle onrechtmatigheidscategorieën van het tweede lid worden getoetst. Vermoedelijk al vanaf 1940, maar in elk geval sedert de zeventiger jaren.⁴³⁵ Inzoverre is van een uitdijende trend de laatste decennia geen sprake.

Waarop het vooral aankomt is, zoals zo vaak in het recht, niet de etikettering maar de wijze waarop de maatschappelijke zorgvuldigheid gestalte wordt gegeven. Door rekening te houden met bijvoorbeeld het door de overheid te behartigen algemeen belang kan aansprakelijkheid worden voorkomen ten aanzien van handelingen, die, indien verricht door een ander, daartoe wel zouden hebben geleid.⁴³⁶ Toepassing van de betamelijkheidsmaatstaf kan er trouwens ook toe leiden dat de overheid eerder aansprakelijk is dan een 'particulier'.⁴³⁷

3.9.2.2 Beleidsvrijheid en marginale toetsing

Wordt de zojuist bedoelde toetsing in feite niet weer tenietgedaan door de beleidsvrijheid die de overheid in een aantal gevallen wordt gelaten en de daarmee nauw verwante marginale toetsing? Op het gevaar af aldus enigszins in de semantiek te geraken, lijkt het zinvol om onderscheid te maken tussen beleidsvrijheid en marginale toetsing. De eerste komt er, per saldo, op neer dat men zegt: binnen een zekere bandbreedte kan de overheid haar gang gaan. Het is aan haar om keuzes te maken en een oordeel over de vraag of deze juist zijn past niet, zo lang zij maar binnen deze speelruimte blijft. Daarmee wordt in feite tot uitdrukking gebracht: verschillende gedragingen kunnen aanvaardbaar zijn; zij zijn deswege⁴³⁸ vanzelfsprekend niet onrechtmatig. Bij marginale toetsing wordt geen oordeel gegeven

435. Zie nader mijn *Onrechtmatige overheidsdaad*, 2e druk, blz. 88 e.v.

436. Zie bijvoorbeeld HR 6 april 1979, NJ 1980, 34 (CJHB).

437. Zie bijvoorbeeld Hof 's-Hertogenbosch 24 november 1966, NJ 1967, 367. Zie ook R.P.J.L. Tjittes, NTBR 1993, blz. 145.

438. Dat kan anders zijn ingeval is gehandeld in strijd met een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur.

over de speelruimte die de overheid heeft, maar 'slechts' gezegd dat de in het voorliggende geval gekozen oplossing daarbuiten ligt en mitsdien onrechtmatig is.⁴³⁹ Intussen kan ervan worden uitgegaan dat de Hoge Raad de marginale toetsing heeft losgelaten.⁴⁴⁰

Dat betekent absoluut niet dat de rechter thans iedere terughoudendheid ten aanzien van beoordeling van overheidsbeleid heeft laten varen of zou dienen te verontachtzamen.⁴⁴¹ Maar misschien is dat wel een opvatting vanuit een wat gebarsten ivoren toren. Men moet er rekening mee houden dat rechters, vernemend (of wellicht lezend) dat de marginale toetsing is 'afgeschaft' daaruit de conclusie zouden (kunnen) trekken dat zij thans onbekommerd op de stoel der administratie kunnen plaatsnemen, aldus – in het NJV-jargon van 1992⁴⁴² – 'lekker toetsend'. Een dergelijke gedachte zou onmiskenbaar op een misvatting berusten.⁴⁴³

Van der Does en De Wijkerslooth hebben er, terecht mijns inziens, op gewezen dat de rechtsbescherming tegen 'onrechtmatig bestuur zich ontwikkelt tegen de achtergrond van veranderd (en voeg ik toe, steeds verder veranderend) overheidsgedrag en van veranderingen in de wijze waarop de burger zijn overheid ondergaat'.⁴⁴⁴ Zij betogen voorts dat 'de omvang van de beleidsvrijheid die de overheid bij de rechter kan invoeren, varieert met de tijden'.⁴⁴⁵ Inmiddels ruim tien jaar geleden schreven zij dat we 'allen leven in een tijd waarin de gemeenschap het zich kan veroorloven de overheid niet dan met de grootste terughou-

439. Deze benadering wijkt, theoretisch gezien althans, enigszins af van de meer gangbare. Zo meent Konijnenbelt dat marginale toetsing betrekking heeft op 'overheidshandelen *binnen* (curs. van mij) de beleids- of beoordelingsruimte', Van Wijk/Konijnenbelt, Hoofdstukken van administratief recht, 9e druk, blz. 620. Het oordeel dat de overheid in redelijkheid niet tot een bepaalde beslissing kon komen geeft mijns inziens aan dat zij *buiten* de vrije ruimte is gekomen. Voor het resultaat maakt een en ander intussen niet uit.

440. Zie nader Verbintenissenrecht II aant. 7, ook voor verdere vindplaatsen, en Scheltema onder HR 30 april 1992, NJ 1993, 232, met name onder 4.

441. Zie ook uitvoerig Van der Does en De Wijkerslooth, Mon. Nieuw BW B48 blz. 56/7.

442. De term is van collega Barendrecht; zie J.M. Polak, NJB 1992 blz. 846.

443. Zie ook Scheltema onder HR 24 april 1992, NJ 1993, 232 sub 4.

444. A.w., blz. 17, alwaar ook voorbeelden.

445. Idem blz. 18.

dendheid inbreuk te laten maken op de belangen van burgers,' waaraan wordt toegevoegd dat het tij kan keren.⁴⁴⁶ Sedert 1984 heeft de trend zich voortgezet. Zoals hierna zal blijken is, in elk geval op een aantal terreinen, de aansprakelijkheid verder uitgebouwd.

Ik ben geneigd te menen dat de grenzen in zicht zijn gekomen. Weliswaar geldt ook thans, misschien nog sterker dan een aantal jaren her, dat benadeelden het als vanzelfsprekend beschouwen dat geleden schade wordt vergoed. Het is ten minste aan twijfel onderhevig of ook anderen het (nog steeds?) als evident ervaren dat schadevergoeding uit de schatkist wordt vergoed. In een samenleving waarin mensen steeds dichter op elkaar komen te wonen en waarin bepaalde handelingen steeds vaker, soms ingrijpende, gevolgen hebben voor anderen bereikt men ergens een punt waarop rechter en overheid het zich niet meer kunnen veroorloven sinterklaas te spelen. Ik schrijf dat intussen neer met gemengde gevoelens.

Wellicht het meest sprekende voorbeeld van het bereiken van de grens is de ontboezeming van de minister van Justitie in het kader van de *risico*-aansprakelijkheid voor wegen (art. 6:174 lid 5 BW):

'Blijkens de aanhef van het eerste lid moet de weg voldoen aan "de eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden mag stellen" (...). Een en ander sluit in dat geen aansprakelijkheid bestaat als de weg in een staat van onderhoud verkeert, die niet ligt beneden het niveau dat voor een weg als waarom het gaat van het betreffende overheidslichaam kan worden geëist. Daarbij is in een tijd waarin de financiering van overheidstaken meer dan tevoren een probleem vormt, in het bijzonder het volgende van belang. Het antwoord op de vraag of de weg in een staat van onderhoud verkeerde als van het tot schadevergoeding aangesproken overheidslichaam kon worden geëist, zal mede worden bepaald door de financiële armslag die dat overheidslichaam had, terwijl het ter zake van onderhoud van openbare wegen mede onder afweging met andere overheidstaken gevoerde beleid door de burgerlijke rechter niet volledig kan worden getoetst.'⁴⁴⁷

446. Idem blz. 18.

447. PG boek 6 Inv. blz. 1394. De benadering lijkt te impliceren dat een weggebruiker zich moet verdiepen in de financiële positie van iedere afzonderlijke wegbgheerder. Zie voor een vergelijkbare benadering IIR 9 oktober 1981, →

3.9.3 Algemene beginselen van behoorlijk bestuur

Lange jaren heeft een heftig debat de juridische gelederen verdeeld. De inzet ervan was de vraag of de Hoge Raad overheids-handelen toetste aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Er bestaat communis opinio over dat de rechter daaraan *thans* rechtstreeks⁴⁴⁸ toetst en dat hij dit ook dient te doen.⁴⁴⁹ Terugkijkend zal mijns inziens mogen worden aangenomen dat dit al twee decennia het geval is. Maar die stelling wordt *thans* betrokken. Twintig, ja zelfs elf jaar geleden was dat veel minder duidelijk.⁴⁵⁰ Tot ongeveer 1986 werd naar aanleiding van nieuwe arresten telkens weer de vraag gesteld: is de Hoge Raad eindelijk zover?⁴⁵¹

Het lijkt plausibel dat het toegenomen besef dat genoemde beginselen in civilibus in stelling kunnen worden gebracht heeft geleid tot een toenemende overheidsaansprakelijkheid. Daaraan doet niet af dat zij (mogelijk) niets toevoegen aan hetgeen met behulp van de zorgvuldigheidsnorm zelf toch al bereikt zou kunnen worden.⁴⁵²

Kennisneming van de – jammergenoeg niet bijgewerkte – On-

→ NJ 1982, 332 (CJHB) en reeds HR 9 januari 1942, NJ 1942, 295. Intussen kan men zich de vraag stellen of de Hoge Raad de bijzondere positie van de overheid ten deze nog in aanmerking wil nemen; zie NTBR 1993 blz. 47.

448. Dat wil zeggen: zonder de omweg van de marginale toetsing.

449. Zie voor gegevens Contractenrecht VIII (Spier) nr. 3. Iure constituto heeft de wetgever met art. 3:14 BW beoogd een kapstok voor zodanige toetsing te vervaardigen. Zie PG boek 3 Inv. blz. 1053/4.

450. Ik heb haar ook toen betrokken, maar met enige aarzeling: Overeenkomsten met de overheid blz. 14/5. Maar zelfs nog in zijn negende druk (1994) verwoordt Konijnenbelt de twijfel die tot 1986 duurde (blz. 625/6). In Bestuursrecht en Nieuw BW (JUVAT-bundel) betoogt W. Sniijders dat tot 1984 van een onbekommerde rechtstreekse toetsing geen sprake was (blz. 55). Zie ook MvA II Inv. op art. 3:14 BW, PG boek 3 Inv. blz. 1054.

451. Zie louter ter illustratie uit héél veel meer: van der Burg onder HR 25 april 1980, AB 1980, 482, Brunner onder HR 13 maart 1981, NJ 1981, 386 en Bloembergen onder HR 22 december 1978, NJ 1979, 289. De achtereenvolgende drukken van Asser-Rutten leveren het volgende (tijd)beeld op: in 1979 wordt het probleem – in een ook overigens volstrekt verouderd betoog – niet onderkend (blz. 233); in 1983 wordt kennelijk betoogd dat rechtstreekse toetsing nog niet is aanvaard (blz. 251). Eerst Hartkamp gaat er in de 7e druk op in, zonder een duidelijke opvatting te formuleren (blz. 212).

452. Zie voor gegevens Verbintenissenrecht II aant. 7.5.

rechtmatige Daad wijst uit dat vooral de jurisprudentie waarbij het gelijkheidsbeginsel werd ingeroepen de laatste jaren aanzienlijk is toegenomen (al werden veel vorderingen afgewezen).⁴⁵³ Dat het gelijkheidsbeginsel niet nog meer furore heeft gemaakt is, denk ik, daaraan toe te schrijven dat het licht gedaan, maar moeilijk te onderbouwen is.⁴⁵⁴ Het valt daarentegen niet zwaar het beroep erop te ontkennen, welke betwisting in die gevallen waarin het beroep goede grond mist ook bezwaarlijk kan worden onderbouwd. Maar onware ontkenningen komen voor,⁴⁵⁵ misschien wel wat vaak. Hoe dat zij, mijn verwachting is dat het gelijkheidsbeginsel aan de vooravond van een opmars staat. Doch daarvoor is vereist dat partijen (vooral eiser) een grotere bereidheid aan de dag leggen om niet te volstaan met niet nader onderbouwde beweringen. Wanneer aan een behoorlijke stelplicht wordt voldaan, biedt art. 177 Rv alleszins de mogelijkheid om, hetzij via een 'verzwaarde ontkenningsplicht', dan wel door verschuiving van de bewijslast tot redelijke resultaten te komen.⁴⁵⁶ Doch daarbij verlaat ik het terrein van het aansprakelijkheidsrecht, waarover dit preadvies gaat.

In mindere mate geldt ook voor het rechtszekerheidsbeginsel dat er in geschillen vaker beroep op wordt gedaan.⁴⁵⁷ Op het stuk van niet gestand gedane toezeggingen is sprake van een ware lawine van jurisprudentie, terwijl deze tot het eind van de zeventiger jaren vrij schaars was.⁴⁵⁸

Gevalen waarin met vrucht de algemene beginselen van behoorlijk bestuur worden ingeroepen resulteren vanzelfsprekend in

453. Zie Onrechtmatige Daad VII (Damen), nr. 155. Zie recentelijk – en onbevredigend – IIR 1 december 1995, RvdW 1995, 255 rov 3.4.2.

454. Zie over de bewijspositie HR 27 maart 1987, NJ 1987, 727 (MS).

455. Een schrijnend voorbeeld van een onjuiste betwisting is HR 23 juni 1989, NJ 1990, 441. Een wethouder had bepaalde toezeggingen gedaan. Toen de gemeente, wegens niet gestanddoening daarvan, werd aangesproken ontkende zij de toezegging. Eerst nadat eiser een verklaring van de – inmiddels vervangen – wethouder had overgelegd werd de betwisting ingetrokken. Zij leek trouwens ook aannemelijk, gelet op de notulen van de raadsvergadering. Zie het vonnis van de Rechtbank.

456. Zie nader W.D.H. Asser, Mon. Nicuw BW A24, nr. 32 e.v. en vooral ook Asser-Vranken nrs. 19 e.v.

457. Onrechtmatige Daad VII nr. 151c.

458. Zie uitvoerig J.M.M. Menu, De toezegging in het privaatrecht (diss. KUB 1994).

een verzwaring van het aansprakelijkheidsrecht. Los hiervan is het niet goed doenlijk om een enigszins verantwoord beeld te schetsen van de ontwikkelingen op dit terrein. Veelal gaat het om een waardering van de feiten, terwijl de beginselen geen zeer wezenlijke plaats lijken in te nemen. Of, iets anders gezegd, tegen de achtergrond van de feiten verbaast de uitkomst van het geschil meestal niet. Maar dat houdt niet zonder meer in dat de vordering een of enkele decennia geleden ook zou zijn toegewezen. Ook de waardering van feiten en het daaraan verbinden van juridische consequenties is een produkt van zijn tijd.

Om niet alleen met abstracties te volstaan enkele voorbeelden van zaken waarin, denk ik, verandering van de inzichten heeft geleid tot het aanvaarden van aansprakelijkheid. Eerst een arrest waarin de 'oude koers' werd gevaren.

In 1962 oordeelde het Hof Amsterdam over een verbod van de Staat aan de gemeente Huizen om rioolwater te lozen. De gemeente voerde aan dat het ontoelaatbaar was *haar* wel, maar andere gemeenten niet een zodanig verbod te geven. Dit betoog werd door het Hof gehonoreerd (voor het geval het feitelijk gegrond was).⁴⁵⁹ De Hoge Raad oordeelde anders. 'De enkele omstandigheid' dat zo'n verbod niet aan alle andere gemeenten werd gegeven, betekende 'geenszins' dat het niet aan Huizen kon worden verstrekt.⁴⁶⁰ De toepassing van wat wij thans het gelijkheidsbeginsel zouden noemen, zou nu vermoedelijk anders uitvallen.⁴⁶¹

Hierbij moet terstond worden aangetekend dat ook thans niet iedere strijd met het gelijkheidsbeginsel zonder meer tot aansprakelijkheid leidt. Zo ervoer de gemeente Lelystad, toen zij zich erover beklaagde dat de zones van de bustrajecten niet overal even lang zijn, blijkaar te haren detrimente.⁴⁶² Het arrest is een – toe te juichen – illustratie van het feit dat de overheid op beleidsterreinen speelruimte heeft én moet hebben. Het is niet aan de rechter om buszones vast te gaan stellen. Het strippen-

459. Hof Amsterdam 6 december 1962, NJ 1963, 369.

460. HR 10 januari 1964, NJ 1964, 466 (JHB).

461. Ter ondersteuning van deze stelling kan mogelijk worden gewezen op HR 22 maart 1991, NJ 1994, 170 (MS). Ook Scheltema lijkt ervan uit te gaan dat het hier gaat om een arrest dat verder gaat dan in het verleden.

462. HR 30 maart 1990, NJ 1991, 644 (CJHB).

stelsel, kennelijk door praktische overwegingen ingegeven,⁴⁶³ leidt uit zijn aard tot zekere ongelijkheid. Bijvoorbeeld ten aanzien van personen die vlak voor een andere zone instappen. Deze en dergelijke ongelijkheden behoren in het maatschappelijk verkeer te worden geduld. Anders zou de rechter – en het bestuur – oneindig met trivialiteiten kunnen worden lastig gevallen. Voorts valt te bedenken dat rigoureuze toepassing van het beginsel ertoe zou leiden dat beleid zou worden bevroren. Dat zou zeer ongewenst zijn.⁴⁶⁴

In 1988 overweegt de Hoge Raad dat het gelijkheidsbeginsel mee kan brengen dat wordt afgeweken van een wettelijk voorschrift.⁴⁶⁵ In het belastingrecht was dat al sedert het eind van de zeventiger jaren bekend,⁴⁶⁶ maar het is aan twijfel onderhevig of datzelfde toen al gold in civilibus.⁴⁶⁷ Hetzelfde geldt voor het onder 3.9.4.3 te bespreken Swill-arrest.⁴⁶⁸

3.9.4 Capita selecta

3.9.4.1 Klassieke overheidsaansprakelijkheid

3.9.4.1.1. Wetgeving

Tegen de achtergrond van de NJV-precadviczen van Van Buuren en J.E.M. Polak van 1987 komt het onnodig voor om de ontwikkelingen totdien te schetsen. Ik volsta ermee op te merken dat de belangrijkste veranderingen zich in het begin van de tachtiger jaren hebben voltrokken.⁴⁶⁹ Wel lijkt goed om de uitslag van de stemming in herinnering te roepen. Een overgrote meerderheid meende dat de rechter niet de mogelijkheid zou moeten krijgen om *alle* wetgeving aan het ongeschreven recht te toetsen. Wel wetgeving in materiële zin.⁴⁷⁰

463. Zie conclusie van A-G Mok onder 4.2.3.

464. Eender Van der Does en De Wijkerslooth, a.w. blz. 47.

465. HR 15 juli 1988, NJ 1989, 714 (MS) rov 3.2.

466. HR 12 april 1978, NJ 1979, 533 (MS).

467. In gelijke zin, naar ik meen, A-G Molmaker, conclusie NJ 1987, 714 onder 6.3.

468. HR 18 januari 1991, NJ 1992, 638.

469. Zie ook Van Wijk/Konijnenbelt, a.w. blz. 593. Zie nader Onrechtmatige overheidsdaad, a.w. blz. 53 e.v. en, ook voor rechtsvergelijking met Frankrijk en Duitsland, A.J. Bok, Rechterlijke toetsing van regelgeving.

470. Zie NJB 1987 blz. 851.

De huidige stand van zaken strookt, naar mag worden aangenomen, nog met de in 1987 geuite desiderata.⁴⁷¹ Op het hier beschreven terrein is sedertdien wél sprake van een zeker uitdijen, maar zij kan in het algemeen niet werkelijk opzienbarend worden genoemd. Dat niet met vrucht kan worden opgekomen tegen goedkeuring van een verdrag⁴⁷² lag voor de hand. Evenmin tegen bekrachtiging van een door de Staten-Generaal aangenomen wet.⁴⁷³

Een verandering is wel dat de toetsing van *wetgeving in materiële zin* sedert 1991 niet meer 'marginaal' behoeft plaats te vinden.⁴⁷⁴ De toepassing van de regel gaat mogelijk wel iets verder dan een aantal jaren daarvoor kon worden verwacht.⁴⁷⁵ Het uitvaardigen van een regel, waarvoor op gronden aan het algemeen belang ontleend, klemmende redenen bestaan, kan nochtans onrechtmatig zijn wanneer de belangen van een enkeling daarbij geheel worden opgeofferd.⁴⁷⁶ Ook nieuw – en misschien vatbaar voor meer algemene toepassing – is het vonnis waarbij de eiser in het ongelijk wordt gesteld, doch de Staat in de proceskosten wordt veroordeeld wegens 'ondeskundige wetgevings-techniek'.⁴⁷⁷

Op het stuk van *wetgeving in formele zin* is de aansprakelijkheid eveneens enigszins aangescherpt. Zij blijft in beginsel sacrosanct. Onder bijzondere – door de wetgever niet verdisconteerde⁴⁷⁸ – omstandigheden dient toepassing in een concreet geval achterwege te blijven.⁴⁷⁹ Art. 6:2 BW geeft een dergelijke alge-

471. Al geeft na te bespreken arrest HR 19 februari 1993, NJ 1995, 704 (MS) reden voor enige twijfel.

472. Hof 's-Gravenhage 27 september 1990, NJ 1991, 584.

473. Pres. Rb. 's-Gravenhage 11 mei 1989, KG 1989, 232.

474. Zie Van Wijk/Konijnenbelt, a.w. blz. 634/5. Scheltema wijst erop dat het Harmonisatie-arrest een fingerwijzing inhoudt dat de Hoge Raad daarin al afstand neemt van de 'marginale' toetsing uit 1986: onder HR 14 april 1989, NJ 1989, 469 onder 8.

475. Eender P.J.J. van Buuren onder HR 18 januari 1991, AA 1991 blz. 660.

476. HR 18 januari 1991, NJ 1992, 638. A-G Koopmans wijst erop dat in Frankrijk in dit soort gevallen eender wordt geoordeeld (onder 15).

477. Pres. Rb. 's-Gravenhage 24 november 1987, KG 1987, 530.

478. Scheltema gaat ervan uit dat deze niet licht zullen worden aangenomen (NJ 1989, 469 onder 9).

479. HR 14 april 1989, NJ 1989, 469 (MS). In vergelijkbare zin HR 9 maart 1990, NJ 1990, 406.

mene bevoegdheid aan de rechter.⁴⁸⁰ Daarbij geldt nog dat het enkel achterwege laten van een regeling, ook wanneer de wetgever is gewezen op de problemen daarvan, rechterlijk ingrijpen niet uitsluit.⁴⁸¹ Voor civilisten is dat nauwelijks verrassend.

Onder bijzondere omstandigheden kan het *niet-uitvaardigen van een wet in formele zin* onrechtmatig zijn, met name wanneer door de wetgever verwachtingen zijn gewekt.⁴⁸² Ik houd het er voorts nog voor dat het arrest waarin dat is uitgemaakt (Aruba-Lopez) niet beoogt om het toetsingsverbod *in feite* ongedaan te maken. Zou de Hoge Raad dat hebben beoogd, dan zou mogen worden verwacht dat hij zulks expliciet zou hebben overwogen.⁴⁸³

Ik sluit niet uit – en hoop – dat de in dit laatste arrest ontvouwde leer ook betekenis heeft voor de zo langzamerhand te vele gevallen waarin de wetgever meent om bestaande verwachtingen van velen te kunnen beschamen. Hierbij doel ik op allerhande ingrepen in sociale voorzieningen, de Nabestaandenwet en mogelijke ingrepen in het AOW-stelsel. Justitiabelen die jaar en dag – verplicht – premies hebben betaald kunnen en mogen in redelijkheid verwachten dat ook zij aanspraak kunnen maken op uitkeringen, wanneer ze op zeker moment daarvoor in aanmerking komen. Dat klemt te meer omdat velen zullen hebben nagelaten om alternatieve voorzieningen te treffen, uitgaande van dit vertrouwen. Het gaat hier – de facto – ook om een vertrouwen dat door de wetgever is gewekt. Daarin is de parallel met Aruba-Lopez gelegen. Ik laat hier rusten of niet hetzelfde bereikt zou kunnen worden met behulp van mensenrechtelijke bepalingen als bijvoorbeeld art. 1 Eerste Protocol EVRM.⁴⁸⁴

Volledigheidshalve stip ik aan uiteraard oog te hebben voor de tegenargumenten. Men behoeft niet per se een cynicus, die

480. Zie ook G.E. van Maanen c.s., a.w. blz. 93 en J.M. Barendrecht, p.cadvies NJV 1992 blz. 100.

481. HR 9 juni 1989, NJ 1989, 718.

482. HR 19 februari 1993, NJ 1993, 704 (MS).

483. Anders Scheltema in zijn NJ-noot. Zijn argumenten zijn sterk. Doch om de in de tekst aangegeven reden lijkt mij aannemelijk dat het arrest sterk is geïnspireerd door en geënt op de specifieke situatie die zich voordeed. Dat betekent, zoals in de tekst uiteengezet, mijns inziens niet dat het dus verder geen enkel belang heeft. Wel dat Scheltema's erg algemene conclusies te ver gaan.

484. Zie uitvoerig T. Hartlief, NJCM-bulletin 1996, blz. 129 e.v.

meent dat de overheid sowieso onbetrouwbaar is, zodat men nimmer gerechtvaardigd op haar kan vertrouwen, te zijn om in te zien dat overheidsbeleid niet voor de eeuwigheid kan gelden. Onvoorziene omstandigheden of andere politieke keuzes of voorkeuren kunnen meebrengen dat een andere richting wordt ingeslagen. Maar dat betekent niet dat *dus* een ingreep in bestaande rechten geoorloofd zou zijn.⁴⁸⁵

Ook het Hof van Justitie EG heeft zich niet onbetuigd gelaten. In het Francovich-arrest is uitgemaakt dat een lidstaat aansprakelijk is voor schade die 'particulieren lijden als gevolg van schendingen van het gemeenschapsrecht die hem kunnen worden toegerekend'. Het Hof ziet daarbij op gevallen waarin niet alle maatregelen zijn genomen 'om het door een richtlijn voorgeschreven resultaat te bereiken'. Vereist is evenwel dat aan drie voorwaarden is voldaan. Het moet gaan om een richtlijn die rechten aan particulieren toekent. Op basis van de richtlijn moeten deze rechten kunnen worden vastgesteld en er moet causaal verband bestaan.⁴⁸⁶

3.9.4.1.2 *Rechtspraak*

Sedert 1971 is vaste rechtspraak dat de Staat niet aansprakelijk is voor schade die het gevolg is van rechterlijke uitspraken. Dit is slechts anders voor zover sprake is van schending van zo fundamentele rechtsbeginselen dat van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak niet meer kan worden gesproken, terwijl geen rechtsmiddel openstaat of heeft opengestaan.⁴⁸⁷

De rechtsontwikkeling heeft op dit terrein goeddeels stil gestaan. Daaraan doet niet af dat in de literatuur veel sympathie bestaat voor een verruiming van de rechtspraak.⁴⁸⁸ Ook interna-

485. De rechter is hiervan niet steeds voldoende doordrongen. Zie – buiten het gebied van wetgeving – HR 24 november 1995, RvdW 1995, 251, en mijn noot in A&V 1996/2.

486. Hof van Justitie EG 19 november 1991, NJ 1994, 2. Zie rov 42 e.v. voor nadere preciseringen. Ik laat hier rusten of de consequenties van dit arrest inmiddels weer wat zijn ingedamd. Zie daarover S. Prechal, NJB 1995 blz. 366.

487. IIR 3 december 1971, NJ 1972, 137 (CJS), 17 maart 1978, NJ 1979, 204, 8 januari 1993, NJ 1993, 558 (HJS) en HR 29 april 1994, NJ 1995, 727 (CJHB) en (EAA).

488. Zie nader H.J. Snijders, Op de grens van burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht blz. 48 e.v., S.C.J.J. Kortmann, NJB 1993, blz. 921 e.v., T. Hartlief, →

tionaal bevindt Nederland zich in de achterhoede,⁴⁸⁹ al staan we niet geheel alleen. Ook in Engeland is de deur vrijwel gesloten,⁴⁹⁰ doch de verklaring is soms wel erg cynisch:

'It is better to take the chance of judicial incompetence, irritability, or irrelevance, than to run the risk of getting a Bench warped by apprehension of the consequences of judgements which ought to be given without fear or favour.'⁴⁹¹

In de marge moeten kleine correcties worden aangebracht.⁴⁹² Het aanwenden van een rechtsmiddel is niet vereist, indien door het Straatsburgse Hof is vastgesteld dat geen sprake is van een eerlijke behandeling in de zin van art. 6 EVRM.⁴⁹³

De Hoge Raad gaat ervan uit dat, door de wet niet toegekende, rechtsmiddelen openstaan ingeval het gaat om schending van een fundamenteel rechtsbeginsel. Kortmann neemt aan dat deze jurisprudentie meebrengt dat deze, niet door de wet geplaveide, weg moet worden bewandeld. Doet men dat niet, dan is een op bedoelde schending gebaseerde vordering gedoemd te falen.⁴⁹⁴ Hoewel het weinig aanspreekt de 'immunitetsdoctrine' aldus verder op te rekken, ben ik geneigd zijn oordeel te onderschrijven. Het mist goede zin – en zou leiden tot moeilijk te rechtvaardigen verschillen – in deze gevallen wél en in de normale – waar wél een rechtsmiddel openstaat of heeft gestaan – geen aansprakelijkheid aan te nemen.

Vermelding verdient nog dat wél aansprakelijkheid bestaat voor

→ A&V 1994, blz. 109 en Ch.H. van Dijk en R.J.M. Smit, in Met recht naar 2000 blz. 91 e.v.

489. Zie voor een zéér uitvoerig en ook rechtsvergelijkend overzicht A. van Oevelen, De overheidsaansprakelijkheid voor het optreden van de rechterlijke macht. In 1991 is het Belgische Cassatiehof 'omgegaan'. Zie daarover M. Storme, NJB 1993 blz. 917 e.v. en A. van Oevelen, RW 1992 blz. 377 e.v.

490. Zie Winfield & Jolowicz on Tort, 14e druk (bewerkt door W.V.H. Rogers), blz. 705 e.v.

491. Idem blz. 705.

492. Het nogal speculatieve betoog van Sijnders (onder HR 8 januari 1993, NJ 1993, 559; noot in fine) berust mijns inziens inderdaad op 'wishful thinking'.

493. HR 1 februari 1991. NJ 1991, 413 (ThWvV).

494. NJB 1993 blz. 922.

onrechtmatige daden van het Openbaar Ministerie⁴⁹⁵ en de griffie.⁴⁹⁶

3.9.4.1.3 Bestuur

Hiervoor is aan de orde geweest dat de overheid in een aantal gevallen de nodige speelruimte wordt gelaten. Wanneer zij daarbinnen blijft, dan zal haar handelen in beginsel⁴⁹⁷ niet als onrechtmatig kunnen worden bestempeld. Deze ruimte wordt haar vooral *dán* gegund wanneer sprake is van handelingen op gebieden waarop zij beleid voert.⁴⁹⁸ Een oordeel over de doelmatigheid daarvan past de rechter niet.⁴⁹⁹ De mate van vrijheid welke de overheid toekomt zal mede afhangen van de aard van de handeling.⁵⁰⁰

Traditioneel liet de rechter de overheid een aanzienlijke vrijheid op klassieke overheidstaken als daar zijn buitenlandse betrekkingen, militaire activiteiten, politie en vreemdelingenbeleid, gratiebeleid en woonruimteveranderingen.⁵⁰¹ In essentie geldt dat nog steeds. Dat neemt niet weg dat men zou verwachten dat de rechter zich kritischer is gaan opstellen ten opzichte van de overheid.⁵⁰² Dat hij haar, in een aantal gevallen, minder ruimte zou geven. Het is een onmogelijke opgave om in kort bestek aan te geven of deze veronderstelling juist is.

De moeilijkheid schuilt vooreerst daarin dat men vrijwel zelden identieke zaken aantreft. Het is daarenboven nauwelijks doenlijk aannemelijk te maken dat een destijds gewezen uitspraak thans anders zou luiden. En zelfs wanneer men zodanige zaken vindt, past voorzichtigheid. Het is immers maar al te goed bekend dat

495. HR 11 oktober 1991, NJ 1993, 165 (CJHB) en (C).

496. Rb 's-Gravenhage 22 maart 1995, PRG 1995, nr. 4289 (blz. 294).

497. Uitzonderingen bestaan met name wanneer sprake is van strijd met een of meer algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Zie onder 3.9.3.

498. Is er geen beleidsvrijheid, dan kan de rechter volledig toetsen: HR 9 mei 1958, NJ 1960, 475 (DJV).

499. Asser-Hartkamp III, 9e druk, nr. 290c alwaar ook voorbeelden.

500. HR 29 maart 1940, NJ 1940, 1128 (EMM) en HR 20 december 1940, NJ 1941, 365 (EMM).

501. Zie nader Onrechtmatige overheidsdaad, a.w. blz. 39 e.v. en de jurisprudentie genoemd in Onrechtmatige Daad VII deel II onder 6, 6B, 7, 8 en 11.

502. Aldus Van der Does en De Wijkerslooth, a.w. blz. 18, P. de Haan, Th.G. Drupsteen en R. Fernhout, Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat, deel 2, 3e druk, blz. 311.

ook in dezelfde periode door verschillende rechters zeer uiteenlopend over vergelijkbare zaken wordt geoordeeld.⁵⁰³ Veel valt of staat ook met de selectie van de zaken! Met deze kanttekeningen toch een poging, die, zoals zal blijken, maar zeer ten dele slaagt. Daarbij richt ik me eerst op het optreden van politie en justitie. Voorop gesteld dient te worden dat, door de jaren heen, de overheid een aanzienlijke vrijheid is toegekend.⁵⁰⁴

In 1944 meende de Rechtbank 's-Hertogenbosch dat het gebruik van vuurwapens bij de opsporing van strafbare feiten niet in verhouding behoeft te staan tot de ernst van het strafbare feit.⁵⁰⁵ Thans lijkt een dergelijke uitspraak moeilijk denkbaar. In de negentiger jaren oordeelden de Kantonrechters Hoorn en Haarlem dat toepassing van geweld in het kader van bestrijding van ordeverstoringen proportioneel moet zijn.⁵⁰⁶ Dat ligt thans voor de hand, maar dat was enkele decennia geleden wellicht minder vanzelfsprekend.

In 1976 kreeg het Haagse Hof te oordelen over een wel zeer schrijnend geval.⁵⁰⁷ De politie wist dat, met vuurwapens gewapende lieden, een roofoverval op een winkelier zouden uitvoeren. Zij liet na het beoogde slachtoffer – dat werd gedood – te waarschuwen met de op zich te loven bedoeling de daders in te rekenen. De vordering van de weduwe werd in eerste aanleg afgewezen; door het Hof werd zij gehonoreerd. Het betreft hier een zeldzaam geval waarin het Openbaar Ministerie had geconcludeerd. De advocaat-generaal ging nog een stapje verder. Hij nam aan dat de politie het schieten *niet* had kunnen voorzien, maar nam toch aansprakelijkheid aan.⁵⁰⁸ Het lijkt niet onaanneemlijk dat de aard van het te verwachten risico (dood of ernstig letsel) hier een beslissende rol hebben gespeeld, hetgeen voor die tijd modern was. In een vergelijkbare zaak waarin zaakschade (aan een motor) in geding was werd de vordering in 1994 door

503. Zie uitvoerig ten aanzien van ontbindingzaken (art. 7A:1639w BW) J.M. Barendrecht, *Recht als model van rechtvaardigheid*, diss. Tilburg 1992 blz. 114 e.v.; zijn in mineur gestelde opmerkingen onderschrijf ik geheel.

504. Zie voor voorbeelden *Onrechtmatige Daad VII* nr. 249 e.v.

505. 24 maart 1944, NJ 1946, 494. De Kantonrechter had anders geoordeeld.

506. Ktr. Haarlem 10 maart 1993, A&V 1993, 50 en (niet afgedrukt) Hoorn, 5 oktober 1992, vermeld op blz. 51.

507. Hof 's-Gravenhage 9 december 1976, NJ 1977, 381.

508. Conclusie A-G van Voorst tot Voorst blz. 1261 l.k.

het Bossche Hof afgewezen met als dragend argument de te respecteren beleidsvrijheid.⁵⁰⁹

Doch ook bij te verwachten zaakschade kan de beleidsvrijheid worden overschreden. Dat ervoer de Staat toen de marine dieptebommen afwierp op een plaats waar – naar hij wist – werd gevist. De Staat werd in 1978 aansprakelijk gehouden voor de schade aan een vissersboot.⁵¹⁰ Wanneer wordt bedacht dat, zoals de Staat kennelijk onweersproken had aangevoerd, de kans op het ontploffen klein was, gaat het hier om een moderne beslissing. Mogelijk is zij ingegeven door de gedachte dat de gevolgen ernstiger hadden kunnen zijn (te weten: letselschade). Maar het arrest biedt voor die veronderstelling geen steun.

Tot zover moet de – wel zeer summier onderbouwde – conclusie luiden dat op de klassieke terreinen niet wezenlijk iets is veranderd. In elk geval niet gedurende de laatste ruwweg twintig jaar. Een recent arrest moet wellicht zo worden begrepen dat thans een andere maatstaf moet worden aangelegd.⁵¹¹

Een zekere B is al twintig jaar aan heroïne verslaafd. In verband daarmee is hij al veelvuldig in aanraking met politie en justitie geweest. In 1993 is hij weer aangehouden en in verzekering gesteld ter zake van poging tot gekwalificeerde diefstal. Nadat bewaring was gevorderd en uitgesproken wordt B heengezonden wegens cellentekort. B keert zich tegen de invrijheidstelling. Zonder succes. Maar de gronden waarop de afwijzing wordt gebaseerd lopen uiteen. De President en ook de advocaat-generaal⁵¹² menen dat niet voldaan is aan het relativiteitsvereiste. Het Hof gooit het over de boeg van overmacht. De Hoge Raad begint met de vooropstelling dat niet voldaan is aan het relativiteitsvereiste voor zover het gaat om de norm dat rechterlijke bevelen tot tenuitvoerlegging moeten worden nageleefd. Vervolgens zet het college zich aan een belangenafweging.⁵¹³ Het onderschrijft

509. Hof 's-Hertogenbosch 24 januari 1994, A&V 1994, 132 (PD).

510. Hof 's-Gravenhage 11 mei 1978, NJ 1979, 108.

511. HR 6 oktober 1995, RvdW 1995, 201.

512. CRW 1995, 201.

513. Zie ook HR 19 oktober 1990, NJ 1994, 138 (MS). Met Scheltema meen ik dat het aannemelijk is dat de Hoge Raad zich in dit geval geroepen heeft gevoeld om een zijns inziens (ergerlijk) foute beslissing van de administratieve rechter te corrigeren. Zie noot onder 8 en 9. Dat belangen worden afgewogen is op zich niet nieuw. Zie ook P. de Haan c.s., a.w. blz. 311 en Van Wijk/Konijnenbelt, →

het oordeel van de President dat het 'wegzendbeleid' 'redelijk' is. De uitkomst verbaast niet, maar de weg waarlangs deze wordt bereikt misschien wel. Het heeft er immers de schijn van dat de Hoge Raad een oordeel geeft over de *redelijkheid* van der overheid handelen. Voordien zou meer voor de hand hebben gelegen te oordelen dat sprake was van beleidsvrijheid, waarbinnen de overheid is gebleven.

3.9.4.2 Specifieke aansprakelijkheden

3.9.4.2.1 Vernietigde beschikkingen

Het leerstuk van aansprakelijkheid voor vernietigde beschikkingen is van recente datum. Het kwam tot ontwikkeling aan het eind van de zeventiger jaren. Sedertdien is zij stormachtig verlopen. Wellicht heeft de Hoge Raad te langen leste ingezien dat hij té ver is gegaan. Tot zover in vogelvlucht hetgeen zich sedert 1979 heeft voorgedaan. Thans volgt een iets meer gedetailleerde bespreking.

Het destijds enigszins verontachtzaamde arrest⁵¹⁴ Grubben-vorst-Caldenbroich⁵¹⁵ staat aan de wieg van de huidige leer. De Hoge Raad oordeelde toen

'dat het afgeven van een bouwvergunning die, door het ontbreken van een daarvoor vereiste goedkeuring (...) aan vernietiging blootstaat (...) in het algemeen ook tegenover degene aan wie de vergunning wordt verleend onrechtmatig' is.

Een soortgelijk arrest, dat eveneens weinig stof deed opwaai-

→ a.w. blz. 623. Maar het gebeurt hier zonder enige terughoudendheid; dat is wel een nieuwe koers, denk ik.

514. Vergelijk de NJ-noot van Scheltema, wiens betoog over de schuldvraag mijns inziens in de lucht hangt. Uit het arrest blijkt duidelijk dat de gemeente wél schuld had; zie blz. 790 l.k. onder ad 2. Het arrest is geen annotatie in AA waardig geacht en komt in Asser-Rutten (1983) in het kader van de onrechtmatige overheidsdaad niet voor. Evenmin, en dat zegt nog het meeste, in Van der Does en De Wijkerslooth, a.w. (Als ik het al over het hoofd heb gezien, geldt dat ook voor de 'auteur' van het register-boek, 2e druk, 1987).

515. HR 15 juni 1979, NJ 1980, 261 (MS).

en,⁵¹⁶ werd gewezen in 1981.⁵¹⁷ Dat deze arresten niet veel aandacht trokken, valt in zoverre goed te begrijpen dat in beide sprake was van schuld. Of ook aansprakelijkheid kan bestaan waar schuld ontbreekt was niet aan de orde.

In 1986 moest die vraag wél worden beantwoord. In het bekende Hoffmann la Roche-arrest⁵¹⁸ heet het:

'In geval een overheidslichaam een onrechtmatige daad pleegt door een beschikking te nemen en te handhaven die naderhand door de rechter wordt vernietigd wegens strijd met de wet, is daarmee de schuld van het overheidslichaam in beginsel gegeven. Het betoog dat hier een uitzondering op haar plaats is op de grond dat de rechter is uitgegaan van een rechtsopvatting die ten tijde van de beschikking voor het overheidslichaam onvoorzienbaar was en waarmee dit lichaam geen rekening behoeft te houden, faalt. Deze enkele omstandigheid staat er immers niet aan in de weg dat de gevolgen van een zodanige uitspraak voor rekening van het overheidslichaam (lees:) komen, en doet derhalve niet af aan de in beginsel gegeven schuld van dit lichaam.'

In het arrest Blaricum-Roozen komt tot uitdrukking dat er nauwelijks hoop voor de overheid is de dans te ontspringen. Voor een uitzondering op de regel is geen plaats indien de overheid 'op grond van de toenmalige stand van rechtspraak en literatuur niet tot een andere conclusie had kunnen komen dan dat haar (...) standpunt juist was'.⁵¹⁹ In latere uitspraken is nog eens benadrukt dat deze regel (in beginsel) ook toepassing vindt wanneer het overheidslichaam geen enkel verwijt treft.⁵²⁰ Slechts onder zéér bijzondere omstandigheden zal anders geoordeeld kunnen worden, bijvoorbeeld wanneer de vernietiging verband

516. De ontboezeming van J. Wessel in zijn AA-annotatie (1981 blz. 365) over schuld toont zijn vooruitziende blik. Voor het arrest a quo berust zij op een misvatting. Zie rov 5, waaruit blijkt dat er wel degelijk sprake was van verwijtbaarheid, volgens zowel Hof als Hoge Raad.

517. HR 30 januari 1981, NJ 1982, 55.

518. HR 26 september 1986, NJ 1987, 253 (MS).

519. HR 30 januari 1987, NJ 1988, 90 (MS).

520. HR 31 mei 1991, NJ 1993, 112 (CJHB) en HR 12 juni 1992, NJ 1993, 113 (CJHB).

houdt met het feit dat door de aanvrager zelf onjuiste gegevens zijn aangedragen.⁵²¹ En mogelijk zelfs dan niet (meer).⁵²²

De vraag rees of eenzelfde regel zou gelden ingeval vernietiging plaatsgreep wegens strijd met een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur. In het algemeen werd die vraag bevestigend beantwoord,⁵²³ hetgeen meebracht dat het arrest verstrekkende consequenties werden toegedicht. Inmiddels is duidelijk dat deze interpretatie juist was.⁵²⁴

Ook bestonden aanvankelijk andere onduidelijkheden. Kon de doctrine ook toepassing vinden op bedrijfsverenigingen en de belastingdienst?⁵²⁵ Voor bedrijfsverenigingen is die vraag in 1992 bevestigend beantwoord;⁵²⁶ voor de belastingdienst in 1993.⁵²⁷

Niet onbegrijpelijk is er door de overheid op gehamerd dat deze regel niet aanstonds bevredigend is. In dat verband is in stelling gebracht dat dagelijks vele beschikkingen worden vervaardigd, en dat zelfs wanneer maximale zorgvuldigheid wordt betracht, af en toe iets mis kan gaan. De doctrine zou kunnen leiden tot verlamming van de 'besluitkracht'. Deze argumenten worden 'niet doorslaggevend' geoordeeld.⁵²⁸ Ook de moeilijkheid van de (belasting)wetgeving vermocht de Hoge Raad niet te verminderen.⁵²⁹

521. Aldus Brunner onder HR 31 mei 1991, NJ 1993, 112 sub 4. Zijn opvatting onderschrijf ik; ook waar het zijn kritiek op andere suggesties betreft.

522. De escape ('in beginsel') komt niet meer terug in HR 2 juni 1995, RvdW 1995, 123 rov 3.3.

523. Aldus bijv. Scheltema, NJ-noot 1987, blz. 908 r.k. (althans: ten aanzien van schuld), N.S.J. Koeman, preadvies VAR 1989 blz. 227 en in Aansprakelijkheden in het milieurecht blz. 42. Ook in Kwartaalbericht Nieuw BW 1987 blz. 101/2 heb ik deze stelling betrokken. Zie verder conclusie A-G Koopmans voor HR 31 mei 1991, NJ 1993, 112 (CJHB) onder 7 e.v.

524. HR 31 mei 1991, NJ 1993, 112 (CJHB).

525. Zie voor gegevens over bedrijfsverenigingen conclusie A-G Koopmans voor HR 12 juni 1992, NJ 1993, 113 voetnoot bij onderdeel 1 en nopens de belastingdienst eveneens A-G Koopmans voor HR 1 juli 1993, NJ 1995, 150 (CJHB) onder 5 e.v.

526. HR 12 juni 1992, NJ 1993, 113 (CJHB).

527. HR 1 juli 1993, NJ 1995, 150 (CJHB). Vergelijk ook HR 13 januari 1995, RvdW 1995, 29.

528. HR 12 juni 1992, NJ 1993, 113 (CJHB) en HR 1 juli 1993, NJ 1995, 150 (CJHB).

529. HR 1 juli 1993, NJ 1995, 150 (CJHB).

De Hoge Raad heeft zich de moeite getroost om te motiveren welke (rechtspolitieke) overweging(en) hem tot deze leer heeft (hebben) gebracht:

'(h)et (is) redelijker de schade voortvloeiend uit een in het kader van een wettelijke taak genomen beslissing waarvan de onjuistheid later door de rechter wordt vastgesteld, voor rekening te brengen van de collectiviteit dan om haar te laten voor rekening van de individuele burger jegens wie die onjuiste beslissing werd genomen.'⁵³⁰

Over de wenselijkheid van deze doctrine wordt verschillend gedacht. De meesten lijken haar toe te juichen.⁵³¹ In dat koor heeft ook Bloembergen zich met een principieel geluid geschaard:

'We leven in een tijd (...) waarin de aansprakelijkheid over de hele linie enorm is uitgebouwd. Ik denk hier met name ook aan aansprakelijkheden voor produkten en diensten. Het ligt naar mijn mening voor de hand (...) dat de overheid als grote leverancier van produkten en diensten in die trend meegaat. De overheid kan niet een eiland van beperkte aansprakelijkheid blijven. Ik noem de produkt-aansprakelijkheid niet toevallig: onrechtmatige beschikkingen (...) zijn produkten van de overheid. Zoals een fabriek auto's maakt, maakt de overheid beschikkingen. Dat er een vergelijkbare aansprakelijkheid bestaat is helemaal niet toevallig en volstrekt niet vreemd.'⁵³²

Inmiddels zijn er voortekenen die erop zouden kunnen wijzen dat het tij keert. In dat verband dient te worden gewezen op twee recente arresten.

Het eerste arrest heeft betrekking op de vraag of de Hoffmann la Roche-leer mede geldt indien een beschikking *niet* wordt vernietigd, maar de gegeven motivering onjuist wordt geoordeeld.

530. HR 12 juni 1992, NJ 1993, 113 (CJHB).

531. Aldus bijvoorbeeld de annotator Scheltema (NJ 1987 blz. 908 l.k.), P. van Schilfgaarde, AA 1987, blz. 166, N.S.J. Koeman, preadvies VAR 1989, blz. 200 e.v. en kennelijk ook Brunner onder HR 12 juni 1992, NJ 1993, 113 laatste alinea en expliciet onder HR 31 mei 1991, NJ 1993, 112 sub 1. In Kwartaalbericht Nieuw BW 1987, blz. 101 heb ik een ander geluid laten horen (evenals in A&V 1995, blz. 124), doch dat heeft tot weinig geleid.

532. VAR-interventie 1989, verslag blz. 19.

En wel omdat daardoor 'in feite' aan het licht zou treden dat de gewraakte beschikking onjuist zou zijn. De Hoge Raad heeft geweigerd de lijn naar dergelijke gevallen door te trekken.⁵³³ Het is niet zozeer dit voor de hand liggende resultaat, maar de motivering ervan die aandacht vraagt. Aanvaarding van het door eiser tot cassatie verdedigde standpunt zou 'een *onaanvaardbare* uitbreiding geven aan de vóór het in werking treden van de Algemene wet bestuursrecht in de rechtspraak van de Hoge Raad ontwikkelde regel' (curs. JS). De Hoge Raad noemt ook andere, klemmende, redenen. Doch deze zijn ten deze niet van veel belang, zodat ik er niet op inga.

Misschien nog sprekender is het volgende arrest uit 1994.⁵³⁴ Samengevat was een bouwvergunning verleend. Degene aan wie deze was verstrekt wist dat daartegen bezwaren van omwonenden bestonden; ook dat dezen voornemens waren bezwaar te maken en beroep in te stellen. Desondanks wordt, voordat de bezwaartermijn is verstreken, begonnen met bouwen. De beschikking waarbij de vergunning werd verleend werd eerst geschorst en later vernietigd. De vordering waarbij schadevergoeding werd gevorderd strandde:

'De houder van een bouwvergunning die – zoals hier – reeds met bouwen begint vóórdat definitief is komen vast te staan dat de vergunning niet meer kan worden vernietigd (...) handelt op eigen risico en kan niet naderhand de gemeente (...) aanspreken uit onrechtmatige daad wanneer een ingesteld bezwaar of beroep tot vernietiging van de vergunning heeft geleid.' En wel omdat de schade, in het licht van de primaire maatstaf van art. 6:101 BW, geheel moet worden toegerekend aan omstandigheden die eiser⁵³⁵ betreffen.

Is dit arrest een zwaluw die zomer maakt? Of, anders gezegd, is het – eventueel te samen met het zoëven besproken arrest – een aanwijzing dat het college doordrongen begint te raken van de te verstrekkende consequenties van zijn leer? Dat lijkt aanneme-

533. HR 2 juni 1995, RvdW 1995, 123. In A&V 1995, 124 e.v. heb ik aangegeven dat onbegrijpelijk is waarom de Hoge Raad zich heeft laten verleiden tot een oordeel over deze kwestie, nu de feiten daartoe in het geheel geen aanleiding gaven.

534. HR 29 april 1994, RvdW 1994, 107.

535. Ik laat een complicatie die voor de zaak irrelevant is rusten.

lijk. De Hoge Raad lijkt naar het resultaat te hebben toegewerkt. Immers is, voorzichtig gezegd, de argumentatie niet sterk. Niet valt in te zien waarom het risico *geheel* moet komen voor rekening van de bouwer. Noch ook waarom, in causaliteitsperspectief bezien, hij de *volledige* oorzaak is. Er was toch een onjuiste beschikking? Waarom heeft deze, in causale zin, *geen enkele* bijdrage geleverd? Omdat het kennelijk gaat om een doelredenering – waren er wel sterke argumenten? – lijkt het aannemelijk dat aan het arrest verderstrekkende consequenties zijn verbonden. Met Drupsteen ga ik ervan uit dat het meer in het algemeen betekenis heeft voor ‘begunstigende besluiten’.⁵³⁶

Ten slotte verdient nog het volgende vermelding. De Hoge Raad heeft zich ook ruimhartig betoond om de kosten door de eisen-de partij gemaakt ten laste van de overheid te brengen. Overeenkomstig de algemene regel⁵³⁷ komen de kosten van het invoeren van juridische bijstand voor vergoeding in aanmerking ‘indien zowel het invoeren van die bijstand als de kosten daarvan redelijk zijn’. Zolang de wetgever niet anders beslist gaat het hierbij om ‘de volle omvang’.⁵³⁸ Ook de interne kosten, gemaakt ter bestrijding van een onjuiste belastingaanslag, komen voor vergoeding in aanmerking.⁵³⁹

Het belang van deze laatste ontwikkeling is relatief beperkt, omdat de wetgever heeft ingegrepen. Voor het belastingrecht komen alleen de kosten van externe rechtsbijstand voor vergoeding in aanmerking.⁵⁴⁰ In het administratief recht is zulks geregeld in art. 8:75 Awb. Het enige waarover men zich in dit verband kan verbazen is dat de overheid geen aanleiding heeft gezien,

536. AA-annotatie 1994 blz. 840. Voorzichtiger is Hennekens; hij wijst erop dat verlening voor de overheid minder risicovol is als weigering, een resultaat dat hij begrijpelijkerwijs vreemd acht: De Gemeentestem 6993 nr. 4 onder 8. Koe-man vermeldt de wonderlijke consequentie dat ook wanneer het besluit *niet* zou worden geschorst, maar later wordt vernietigd, het volledige risico bij de aanvrager blijft (BR 1994, blz. 774 e.v.). Als de Hoge Raad dat inderdaad zou hebben bedoeld, is het eens te meer koren op de molen van mijn in de tekst betrokken stelling.

537. HR 3 april 1987, NJ 1988, 275 (CJHB).

538. HR 17 november 1989, NJ 1990, 749 (JMBV). Vrankens kritiek (noot onder 5 e.v.) deel ik.

539. HR 1 juli 1993, NJ 1995, 150 (CJHB) rov 3.5.

540. Zie Brunner onder HR 1 juli 1994, NJ 1995, 150 sub 3.

vooruitlopend op de Awb-regeling, een 'noodvoorziening' te treffen. Mogelijk werd de ernst van het probleem niet onderkend.⁵⁴¹

Anders ligt dat ten aanzien van de algemene hier besproken problematiek. Door het (VVD)-Kamerlid Korthals zijn in het kader van de NBW-invoeringsoperatie waarschuwendende woorden gesproken over de wenselijkheid van 's Hogen Raads jurisprudentie.⁵⁴² Aanvankelijk betuigt de Minister van Justitie (Korthals Altes) impliciet (een zekere) instemming met de door Korthals gewraakte leer. Nader aan de tand gevoeld glijdt zijn exposé, in de 'beste' politieke traditie, langs de vraag heen.⁵⁴³ In elk geval heeft hij – en met hem de Staten-Generaal – de kans laten lopen orde op zaken te stellen. Het zal er dus voor moeten worden gehouden dat de ontwikkeling geen overwegende bezwaren ontmoet.

De invoering van de Awb heeft inmiddels zekere veranderingen gebracht. Het gaat hier gedeeltelijk om een nogal rommelig geregelde competentiekwestie. De nieuwe regeling kan ook inhoudelijke gevolgen hebben. In het kader van dit preadvies voert het te ver om op die boeiende materie in te gaan.⁵⁴⁴

3.9.4.2.2 Strafvorderlijk optreden

3.9.4.2.2.1 Schade ten gevolge van arrestatie

Ook op het stuk van strafvorderlijk optreden doen zich stormachtige ontwikkelingen voor. En wel op terreinen die tot voor kort nog niet werden betreden.⁵⁴⁵

Arrestatie van verdachte personen zal niet altijd geweldloos kunnen verlopen. Zeker wanneer Justitie grond heeft te veronderstellen dat zij zich niet als makke schapen gevatkelijk laten afvoeren kan het nodig zijn om niet te volstaan met beleefd aan-

541. Hetgeen toch wel enigszins verrassend mag heten. Zie bijvoorbeeld T. Hartlief en R.P.J.L. Tjittes, A&V 1994 blz. 5.

542. PG boek 6 Inv. blz. 1347/8.

543. PG boek 6 Inv. blz. 1348/9.

544. Zie nader T. Hartlief en R.P.J.L. Tjittes, A&V 1994 blz. 5/7 en dezelfde in A&V 1995 blz. 92 e.v.

545. Zie voor de jurisprudentie tot het begin van de negentiger jaren Onrechtmatige Daad VII nr. 254 e.v.

bellen. Quid iuris als later blijkt dat de verdenking ongegrond is?

Voor het eerst in 1990 moest de Hoge Raad die vraag beslechten.⁵⁴⁶ Ene B. werd ervan verdacht een of meer voortvluchtige daders van de ontvoering van mevrouw Van der Valk onderdak te bieden. Tevens werd aangenomen dat hij een deel van het losgeld verborg. Hijzelf werd verdacht van brandstichting. Omdat – in de feitelijke vaststellingen van het Hof – de ontvoerders ‘nietsonzinnig en gevaarlijk’ waren, drong de politie de woning binnen. Daarbij ontstond niet onaanzienlijke schade. B., die later onschuldig bleek, vorderde vergoeding daarvan. De vordering werd toegewezen door het Hof. De Hoge Raad verwierp het cassatieberoep.

De door het college ontwikkelde redenering komt op het volgende neer. De verdenking vormt aanvankelijk een rechtvaardigingsgrond. Doch de Staat moet rekening houden met de mogelijkheid dat zij ongegrond zal blijken. Wanneer de verdenking later daadwerkelijk grond mist, vervalt de rechtvaardigingsgrond. En daarmee is dan de aansprakelijkheid gegeven. De schuld van de Staat bestaat in het rekening moeten houden met bedoelde mogelijkheid.

Nog geen jaar later wordt de tournure herhaald, thans onder toevoeging van de passage:

‘(...) een en ander behoudens een – hier door de Staat gestelde – vermindering op grond van aan Joemman toe te rekenen omstandigheden.’⁵⁴⁷

Uit het vervolg-arrest blijkt dat deze omstandigheden Joemman hebben opgebroken. Op grond van de uiteenlopende ernst van de door hem gemaakte fout en aan de Staat toe te rekenen omstandigheden brengt de in art. 6:101 BW verankerde billijkheid mee dat de schade geheel ten laste van Joemman komt.⁵⁴⁸

Hoe moeten deze arresten worden begrepen? Houden zij in feite een op rechtmatige daad gebaseerde aansprakelijkheid in? Of moet de letter ernstig worden genomen en is de basis onrecht-

546. HR 26 januari 1990, NJ 1990, 794 (CJHB).

547. HR 23 november 1990, NJ 1991, 92 rov 3.3.

548. HR 1 oktober 1993, NJ 1993, 761.

matige daad? De Hoge Raad heeft stellig dit laatste voor ogen gestaan. Dat blijkt ook nog expliciet uit het arrest Joemman, waar het rechtmatige daad-fundament expliciet wordt verworpen.⁵⁴⁹ Zo men wil, is zijn benadering wel te passen in andere leerstukken. Brunner heeft in dat verband terecht een parallel getrokken met de aansprakelijkheid voor de tenuitvoerlegging van later vernietigde rechterlijke uitspraken. Ook daarvoor bestaat aanvankelijk een titel (de uitspraak), maar deze vervalt door vernietiging.⁵⁵⁰ Maar ook die redenering is gekunsteld. Dat vindt de Hoge Raad kennelijk ook blijkens de wijze waarop hij zijn oordeel motiveert:

'Dat de executant uit onrechtmatige daad aansprakelijk is, is maatschappelijk méér gerechtvaardigd dan de omgekeerde oplossing, die dáárop neerkomt dat de partij die zich onder dreiging aan het verbod heeft gehouden, in beginsel de schade moet dragen, ook al blijkt achteraf het door de eiser in k.g. gepretendeerde recht niet te bestaan.'⁵⁵¹

N'en déplaîse de moeite die de Hoge Raad zich geeft om de arresten in het keurslijf der *onrechtmatige* daad te persen, meen ik dat het in werkelijkheid gaat om aansprakelijkheid voor rechtmatige daad.⁵⁵²

De arresten roepen de vraag op wat rechtens is ingeval niet komt vast te staan of de verdachte al dan niet schuldig is. Ik ben geneigd te menen dat ook in een dergelijke situatie grond bestaat voor vergoeding,⁵⁵³ tenzij het aan de benadeelde zelf valt te wij-

549. HR 23 november 1990, NJ 1991, 92 rov 3.2.

550. Noot onder NJ 1990, 974 onder 2.

551. HR 16 november 1984, NJ 1985, 547 (WHH en LWH) rov 3.4. In gelijke zin Heemskerk, onder 10. Zie nader A.A. van Rossum, Aansprakelijkheid voor de tenuitvoerlegging van vernietigde of terzijde gestelde rechterlijke uitspraken blz. 44 e.v.

552. Eender A-G Hartkamp voor HR 1 oktober 1993, NJ 1993, 761 onder 5, J.K. de Pree, WPNR 6031, J.L. de Wijkerslooth, RM Themis 1993 blz. 318 e.v. en Corstens onder HR 23 december 1994, NJ 1995, 512 sub 6.

553. Eender Nationale Ombudsman 15 juni 1990, AB 1990, 461, H.A. van den Berg en K. Rozemond, RM Themis 1992 blz. 58/9. Idem, zelfs voor bepaalde gevallen waarin de verdachte wél schuldig is, P.J.H.M. Brouns, NJB 1991 blz. 1377. Over het in de tekst genoemde geval laat hij zich niet expliciet uit (blz. 1376).

ten dat de verdenking is gerezen. Hierbij valt te bedenken dat het tegen de achtergrond van de Straatsburgse rechtspraak niet zonder risico is om uitspraken te doen die niet te verenigen zijn met de *presumptio innocentiae*.⁵⁵⁴ Wat er van dat laatste ook zij, de dogmatische grondslag wordt dan eens te meer belangrijk. Want, nu de aanvankelijke verdenking niet is *vervallen*, is de aanvankelijke rechtvaardigingsgrond evenmin van de baan. Wil men de vordering toch toewijzen, dan is ofwel nodig dat men deze op rechtmatige daad baseert, dan wel dat een nog meer artificiële redenering wordt ontwikkeld.

3.9.4.2.2.2 *Schade ten gevolge van inverzekeringsstelling*

In een tijd waarin de bereidheid om geleden schade voor eigen rekening te nemen afneemt, ligt voor de hand dat niet ieder bereid is genoeg te nemen met de vaak wel zeer karige vergoedingen⁵⁵⁵ die krachtens art. 89 en 90 Sv plegen te worden toegekend.⁵⁵⁶ Bepalingen die zien op toekenning van een vergoeding naar billijkheid ingeval een strafzaak is geëindigd zonder oplegging van straf of maatregel. Het kon moeilijk uitblijven dat de Hoge Raad zou hebben te oordelen over de vraag of het gebruik van strafvorderlijke dwangmiddelen onrechtmatig is, tenzij *blijkt* dat de verdachte schuldig is.

De Hoge Raad heeft deze vraag ontkennend beantwoord.⁵⁵⁷ Kennelijk schrikt hij terug voor de consequentie dat anders ook personen die wel degelijk schuldig zijn hun schade vergoed zouden krijgen. Zelfs een vrijspraak, zo moet de Hoge Raad hebben gedacht, betekent (zeker) niet dat men *dus* onschuldig is.⁵⁵⁸ Slechts ingeval uit het strafdossier *blijkt* dat de verdenking ten onrechte heeft bestaan of de dwangmiddelen in strijd met de

554. Eender K. Rozemond, NJB 1993 blz. 130 e.v. en daar genoemde vindplaatsen. Zie nader ook J. Spier, A&V 1995 blz. 162 e.v. Zie verder onder 3.9.4.2.2.2 waar hetzelfde probleem aan de orde is. De Hoge Raad blijkt daar minder voorzichtig.

555. Zie voor een uitzondering Hof 's-Hertogenbosch 12 januari 1995, A&V 1995, 50 (TH).

556. Zie de uitvoerige beschouwing van H.G.F.M. de Kok, RM Themis 1993 blz. 435 e.v. Kennelijk is Brunner een andere opvatting toegedaan, doch onduidelijk is waarop hij haar grondt; zie onder HR 29 april 1994, NJ 1995, 727 sub 5.

557. HR 29 april 1994, NJ 1995, 727 (CJHB en EAA).

558. Eender T. Hartlief, A&V 1995 blz. 110.

wet zijn toegepast wordt onrechtmatig gehandeld.⁵⁵⁹ De Hoge Raad trekt wat dit eerste betreft kennelijk een parallel met de onder 3.9.4.2.2.1 besproken arresten.

De rechtspraak heeft intussen ook wat positiefs voor slachtoffers van strafvorderlijke dwangmiddelen te bieden. Het gebruik van een dwangmiddel kan zó disproportioneel zijn, dat het onzorgvuldig en daarmee onrechtmatig is. Onrechtmatigheid kan ook zijn gelegen in:

- het actieve optreden van politie en justitie in het kader van de publiciteit die aan de strafzaak wordt gegeven;
- het doen uitgaan door de politie van een rondschrijven aan een groot aantal relaties van de verdachte, met het doel informatie in te winnen over zijn betrokkenheid bij bepaalde transacties;
- het actief bevorderen door het OM van het volgen van de door art. 12 Sv geplaveide weg;
- mededeling door het OM aan een televisiezender dat de strafzaak nog aanhangig is, zonder te vermelden dat reeds was besloten de vervolging te staken;
- het eerst drie maanden na het afwijzen van de klachten ex art. 12 Sv betekenen van een kennisgeving van niet-verdere vervolging;⁵⁶⁰
- het betekenen van een kennisgeving van verdere vervolging op een moment waarop het OM tot de conclusie was gekomen dat het bewijs niet rond te krijgen was.⁵⁶¹

Het laatste arrest valt in zoverre toe te juichen dat paal en perk wordt gesteld aan enkele te veel voorkomende misstanden van politie en justitie. Het is niet eenvoudig te begrijpen dat zo velen hebben berust in de schade die zij hebben geleden doordat hun naam en reputatie door een reeks van premature uitlatingen aan de pers te gronde is gericht. Evenmin is duidelijk waarom ken-

559. Nog iets geprononceerder is HR 23 december 1994, NJ 1995, 512 (C) rov 4.1. De Hoge Raad begooft zich hier mijns inziens in de gevarenzone. Zie A&V 1995 blz. 42 onder 5. Vergelijk ook Corstens onder HR 23 december 1994, NJ 1995, 512 onder 4. Daarbij verdient opmerking dat het *niet* in strijd met art. 6 EVRM is om een gewezen verdachte, die onderworpen is geweest aan inverzekeringstelling, een aanspraak te ontzeggen: EHRM 25 augustus 1993, NJ 1994, 1 (Kn.) en 28 september 1995, NJ 1995, 726 (EAA).

560. HR 23 december 1994, NJ 1995, 512 (C) rov 4.3.

561. Idem rov 5.1.

nelijk lange tijd als vanzelfsprekend is aangenomen dat disproporioneel gebruik van dwangmiddelen civielrechtelijk geen vorderingsrecht zou kunnen opleveren.

Ik leg hierop enige nadruk, omdat het koren op de molen is van de stelling dat het aansprakelijkheidsrecht modetrends kent. De doorsnee justitiabele en zijn (doorsnee) advocaat is weinig inventief, al lijkt het tij enigszins te keren. Maar zodra één schaap over de dam is volgen er meer. Soms zóveel dat de dam dreigt te bezwijken.

Enigszins vooruitlopend op de conclusies van dit hoofdstuk merk ik op twijfel te koesteren bij de wenselijkheid van de door de Hoge Raad ingeslagen weg. Daarbij doel ik niet op de constructie, maar op de inhoud.

Het zou onmiskenbaar onbevredigend zijn om personen wier schuld aannemelijk is, maar moeilijk valt te bewijzen schadeloos te stellen. Daarbij laat ik de art. 6 EVRM-dimensie gemakshalve even rusten. Maar het is nog onbevredigender om personen wier schuld niet te bewijzen valt en die zeer wel onschuldig kunnen zijn, op te zadelen met wellicht zelfs aanzienlijke schade die zij voor eigen rekening moeten houden. Dit, terwijl zij soms als een outcast verder door het leven moeten, verstoten als zij zijn door de samenleving die uitgaat van de simpele premisse: waar rook is, is vuur. Ik geloof niet dat er voldoende rechtvaardiging bestaat voor deze terughoudendheid aan de ene kant en de aanzienlijke lagesse die op andere terreinen wordt betracht.⁵⁶² Bij dat laatste valt te denken aan het onder 3.9.4.2.1 besproken onderwerp.

3.9.4.2.2.3 Lagere straf dan reeds ondergaan

Voorlopige hechtenis kan langer duren dan de uiteidenlijk opgelegde straf; invordering van een rijbewijs dan de opgelegde ontzegging. Is de Staat aansprakelijk voor de schade die hieruit voortvloeit? Het Haagse Hof heeft deze vraag ontkennend beantwoord.⁵⁶³ De daartoe bijgebrachte grond is een principiële: aansprakelijkheid bestaat niet, want van onrechtmatig handelen is geen sprake. Zo'n uitkomst kan niet bevredigend worden ge-

⁵⁶². Zie voor nadere uitwerking A&V 1995 blz. 41/2.

⁵⁶³. Hof 's-Gravenhage 26 januari 1995, NJ 1995, 442 en 27 oktober 1994, NJ 1995, 712.

noemd. Er zou veel voor te zeggen zijn om hier – zo nodig – het in art. 6:162 lid 3 BW neergelegde risicobeginsel toe te passen.

3.9.4.3 Rechtmatige overheidsdaad

Het leerstuk van de rechtmatige overheidsdaad behoort tot de meest ongrijpbare van het privaatrecht. Het heeft vele pennen in beweging gebracht, maar al het geschrevene heeft niet wezenlijk tot verduidelijking geleid. Dat heeft vermoedelijk twee oorzaken. Niettegenstaande het feit dat uitspraken van de burgerlijke rechter (althans van de Hoge Raad) waarin aansprakelijkheid hierop wordt gegrond ontbreken, menen velen dat zij in een aantal gevallen in feite is aanvaard. Maar welke die gevallen zijn is zeer omstrede. De tweede reden is dat het uiterst lastig, zo niet onmogelijk, is om een zinvolle theorie te ontwerpen die enerzijds voldoende houvast biedt en anderzijds de sluizen niet zó wijd opent⁵⁶⁴ dat het op voorhand onrealistisch is daarop in te zetten. Vooral dat laatste is geen typisch Nederlands probleem.⁵⁶⁵ Natuurlijk niet, want dan zou het – op een theoretisch vlak althans – niet bestaan. Toch is het wenselijk de discussie vooral op dit punt toe te spitsen.⁵⁶⁶ Hierna komt alleen aan de orde of op rechtmatige daad gebaseerde vorderingen bij de burgerlijke rechter kans van slagen hebben. De administratieve rechter en de competentieverdeling blijven rusten.⁵⁶⁷

Alvorens op de rechtspraak in te gaan is het goed erop te wijzen dat de wetgever ervan afgezien heeft te dezer zake een regeling te treffen in het BW. Er is kort over gedebatteerd, maar de discussie leidde tot weinig.⁵⁶⁸ Zij het dan dat duidelijk is dat de

564. P.J.J. van Buuren wijst er met juistheid op dat we op dit gebied verder zijn gekomen dan veertig jaar geleden (onder HR 18 januari 1991, AA 1991 blz. 660). Maar er valt nog veel werk te doen!

565. Kortheidshalve zij verwezen naar het preadvies van A. van Oevelen, Ver. voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland 1984 en G. Vedel en P. Delvolvé, *Droit administratif*, deel I, 12e druk, 1992, blz. 395 e.v.

566. Eender en met klem: Van der Does en De Wijkerslooth, a.w. blz. 72. Zie daarover relatief uitvoerig J.A.M. van den Berk, *Schadevergoeding voor rechtmatig toegebrachte schade door de overheid*, diss. Utrecht 1991 blz. 94 e.v. en Koeman, preadvies, a.w. blz. 185 e.v.

567. Zie daarover bijvoorbeeld Van Wijk/Konijnenbelt, a.w. blz. 656 e.v.

568. Zie nader J. Spier in: *Twee sporen, één weg*, BW krant jaarboek 1985 blz. 52 e.v.

wetgever de vordering als zodanig geen kwaad hart toedroeg.⁵⁶⁹ Daarentegen biedt art. 3:4 Awb, blijkens de parlementaire geschiedenis, een kapstok om vorderingen aan op te hangen.⁵⁷⁰ Aangenomen zal mogen worden dat deze bepaling ook in civielbus diensten kan bewijzen. Ik houd het daarom voor waarschijnlijk dat we staan aan de vooravond van een offensief om de grenzen daarvan te verkennen.⁵⁷¹ Het is goed er daarbij op te wijzen dat het aanvaarden van aansprakelijkheid op grond van rechtmatige daad geenszins meebrengt dat het onderscheid met de onrechtmatige daad geheel zou worden uitgewist. Zeer terecht heeft Bloembergen erop gewezen dat er verschillen tussen beide bestaan en behoren te bestaan.⁵⁷²

De afgelopen twintig jaar is een aantal stoutmoedige pogingen ondernomen om schadevergoeding te krijgen, terwijl nauwelijks viel in te zien waarom *onrechtmatig* was gehandeld. Ik volsta met het noemen van enkele sprekende voorbeelden.⁵⁷³

Een aantal rechters heeft een bestreden handeling onrechtmatig geacht omdat geen schadevergoeding was aangeboden.⁵⁷⁴ Een bijzonder geval betreft een vonnis van de Haagse President. De Staat wijst vissers contingenten toe. Kennelijk omdat de door de EEG toegestane visquota door illegale vissers worden leeggevestigd (waartegen de Staat, blijkbaar met weinig succes, tracht op te treden) verbiedt de Staat van de contingenten volledig gebruik te maken. De President acht het mogelijk dat het vangstverbod een onrechtmatig karakter krijgt door het achterwege blijven van een aanbod tot betaling van schadevergoeding.⁵⁷⁵

569. Zie PG boek 5 blz. 52.

570. Zie PG Eerste tranche blz. 212 e.v. Van Buuren wijst erop dat de tekst van art. 3:4 Awb niet steeds soelaas biedt, bijvoorbeeld niet in geval van het nader te bespreken Varkenspest-arrest. Maar ook hij leest de wetsgeschiedenis zo, dat het artikel dan nochtans kan worden toegepast. Zie NJB 1995 blz. 637/8.

571. Maar dat dacht en schreef ik in 1992 ook al; die voorspelling is niet uitgekomen. Zie WPNR 6074 blz. 987.

572. In: Als een goed huisvader, Nieuwenhuis-bundel blz. 128 e.v.

573. Zie nader Onrechtmatige Daad VII nr. 222 en Koeman, preadvies, VAR 1991 blz. 180 e.v.

574. Aldus bijvoorbeeld Rb. 's-Gravenhage, kenbaar uit HR 19 november 1976, NJ 1979, 216 (MS), Pres. Rb. Groningen 10 oktober 1978, NJ 1979, 35, Pres. Rb. Middelburg 18 april 1979, NJ 1983, 116.

575. Pres. Rb. 's-Gravenhage 12 november 1987, KG 1987, 504.

Op deze constructies valt het nodige af te dingen. Kennelijk zijn ze ingegeven door de wens om tot een billijk resultaat te komen. Wanneer we thans onze blik op de Hoge Raad richten, komen eerst in beeld de twee al besproken terreinen waar we ons bevinden op het grensgebied tussen rechtmatige en onrechtmatige daad: de aansprakelijkheid ter zake van vernietigde beschikkingen en die nopens schade veroorzaakt door arrestatie. De Hoge Raad doet het voorkomen alsof zij wordt gebaseerd op onrechtmatige daad. Maar er is weinig fantasie voor nodig om in te zien dat dit etiket de werkelijkheid nauwelijks dekt. Nochtans: de arresten bieden geen steun voor de stelling dat iure constituto aansprakelijkheid voor rechtmatige daad is aanvaard. Trouwens evenmin voor die dat zij is verworpen.⁵⁷⁶ De Hoge Raad behoeft zich over de kwestie niet uit te laten, nu hij ervan uitging dat onrechtmatig was gehandeld.⁵⁷⁷

In 1991 werd het Varkenspest-arrest gewezen.⁵⁷⁸ In 1986 werd door de Staat de voor runderen zeer besmettelijke Afrikaanse varkenspest geconstateerd. Om verspreiding van die ziekte te voorkomen kondigde hij een verbod af om varkens met swill te 'vervoederen'. Door dit verbod kwam onder meer Leffers in grote moeilijkheden. Zijn bedrijf was geheel ingesteld op zodanige voedermethode. Het had daarvoor ook een vergunning. Het was hem, ook al om financiële redenen, onmogelijk om van de ene dag op de andere over te stappen op een andere wijze van bedrijfsvoering. Daarom was hij gehouden zijn bedrijf te staken. De Staat was slechts bereid tot betaling van een vergoeding voor een overbodig geworden kookketel. Dit een en ander bracht Leffers bijkans tot de bedelstaf (ABW). Hij vordert onder meer schadevergoeding.

De Hoge Raad neemt tot uitgangspunt dat het zonder uitstel uitvaardigen van de bewuste regeling gerechtvaardigd was. Maar dat betekent niet dat jegens Leffers niet onrechtmatig is gehandeld. Vervolgens overweegt het college:

'De voormelde Regeling strekt ertoe de belangen te beschermen

576. Aldus ook Bloembergen in Nicuwenhuis-bundel blz. 126/7.

577. Een uitzondering is, zoals we hebben gezien, HR 23 november 1990, NJ 1991, 92.

578. IIR 18 januari 1991, NJ 1992, 638.

van al diegenen die zich bezig houden met het fokken, verhandelen en exporteren van varkens, waarbij in het bijzonder het meesten soms bedrijfsmatig (...) geschiedt. Juist door deze bescherming wordt evenwel (...), een naar verhouding kleine groep van varkensmesters die, anders dan het overgrote deel van hun concurrenten, hun bedrijf geheel hadden ingericht op vervoeding van swill en niet van de ene dag op de andere op een ander vervoederingsstelsel hebben kunnen overschakelen, zonder dat daardoor de winstgevenheid van hun bedrijf verloren zou gaan, in onevenredige mate in haar belangen getroffen.' Dit gold, volgens Leffers, ook zijn geval. 'Niet kan worden gezegd dat dit plotseling opgelegd drastisch verbod (...) behoort tot de normale bedrijfsrisico's die voor rekening van de ondernemer behoren te blijven. Daarbij is tevens van belang, dat, (...) Leffers de maatregelen die tevoren waren voorgeschreven om besmetting met ziekten te voorkomen stipt heeft nageleefd.'

Onder deze omstandigheden is onrechtmatig de regeling uit te vaardigen zonder dat daarbij tevens voor de hiervoor bedoelde varkensmesters als Leffers een regeling wordt getroffen 'die het hun financieel mogelijk maakte hun bedrijf aan te passen of, zo zulks onmogelijk zou blijken, hun op andere wijze in hun economische belangen tegemoet' te komen.

Dit arrest is niet ten onrechte beschouwd als een doorbraak. Weliswaar wordt een op rechtmatige daad gebaseerde vordering niet gehonoreerd – zij was ook niet aan de orde – op de keper beschouwd is daarvan wel degelijk sprake.^{579, 580} Wat daarvan ook

579. Aldus Bloembergen, Nieuwenhuis-bundel blz. 124 en P.J.J. van Buuren, AA-annotatie 1991 blz. 637 en in AB Klassiek blz. 236 e.v., wat er zij van de motivering van zijn stelling. J.M.H.F. Teunissen heeft in NJB 1994 blz. 163/4 de stelling betrokken dat men de kwestie anders moet benaderen. Sprake zou zijn van een daad die in absolute zin rechtmatig, maar in relatieve zin (jegens Leffers) onrechtmatig is. Anders Brunner onder HR 15 februari 1991, NJ 1992, 640 sub 4. Hij wijst erop dat het niet van belang ontbloomt is of men een vordering op de ene of de andere basis grondt. Immers: bij rechtmatige daad bestaat slechts aanspraak op een tegemoetkoming ter zake van onevenredige schade. Hoezeer ik dat in het algemeen ook met hem eens ben, in deze en vergelijkbare zaken mist het betoog mijns inziens grond. Ook in het Leffers-arrest bestond de onrechtmatigheid in het *onevenredige* van de ingreep en komt de schade slechts in zoverre voor vergoeding in aanmerking.

580. De redenering is niet dwingend. Is men recht in de leer, dan is verdedigbaar dat hier een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur (het evenredigheidsbeginsel) is geschonden en dat deswege onrechtmatig is gehandeld. Zie ook J. Spier, Kwartaalbericht Nieuw BW 1991 blz. 98. Vergelijk E.J. Daalder, preadvies VAR 1991 blz. 102, Van Buuren, AA 1991 blz. 658, Asser-Hartkamp III →

zij, het arrest heeft een strekking die veel ruimer is dan het slechte geval.⁵⁸¹ Wordt door de overheid een handeling verricht waardoor een ander schade lijdt die niet behoort tot zijn 'normale bedrijfsrisico', dan dient daarvoor een vergoeding te worden betaald. Vereist is wél dat de getroffen groep relatief beperkt is. Dat de handeling is ingegeven, of zelfs geboden door klemmende algemene belangen vermag niet tot een ander resultaat te leiden.

Het arrest laat nog veel vragen onbeantwoord. Zo is onduidelijk wat nauwkeurig wordt begrepen onder het 'normale bedrijfsrisico'.⁵⁸² En niet goed uit de verf komt hoe klein de getroffen groep moet zijn, nog daargelaten of het daar gaat om een gelukkig criterium.⁵⁸³ Hier behoeft op deze en dergelijke belangrijke vragen niet te worden ingegaan. Voldoende is te benadrukken dat in 1991 de haan der victorie heeft gekraaid, voor diegenen die voorstander zijn van – per saldo – aansprakelijkheid op grond van rechtmatige overheidsdaad.

Kort na dit arrest heeft de Hoge Raad nog een ander arrest gewezen dat hier relevant is.⁵⁸⁴ Het geeft op zich geen regel die verder gaat dan het zojuist besproken arrest. Het belang is gelegen in een obiter dictum:

'(...) nu de gedragingen van de Staat een onrechtmatige daad opleveren, (kan) in het midden blijven of juist is de in het slot van het onderdeel geponeerde stelling dat een verplichting tot schadevergoeding uit rechtmatige daad voor de overheid slechts ontstaat "uit kracht van een daartoe strekkende bijzondere wetsbepaling.'

Het gaat – zoals besloten ligt in het karakter van een overweging ten overvloede – om een volstrekt onnodige overweging. Daar-

→ nr. 18c en De Haan c.s., a.w. blz. 368 e.v. In rechtsvergelijkend perspectief ligt meer voor de hand om de ten deze kennelijk toegepaste theorie van de *égalité devant les charges publiques* te plaatsen in het kader van de rechtmatige daad. Van Wijk/Konijnenbelt plaatst het arrest in die sleutel, a.w. blz. 379. Ook A-G Koopmans wees in zijn conclusie daarop (onder 15). Zie voorts de literatuur vermeld bij Van den Berk, a.w. blz. 30 e.v.

581. Aldus ook Van Buuren, i.a.p. blz. 660 en in AB Klassiek blz. 242 en 244.

582. De invulling die wvd A-G Bloembergen geeft in zijn conclusie voor HR 24 november 1995, CRW 1995, 251 onder 6 spreekt mij niet erg aan.

583. Zie nader Kwartaalbericht Nieuw BW 1991 blz. 98/9.

584. HR 15 februari 1991, NJ 1992, 639 (CJHB).

om ligt voor de hand er betekenis aan toe te kennen. Het minste dat ervan kan worden gezegd is dat de Hoge Raad kennelijk niet zonder meer afkerig staat ten opzichte van zodanige vorderingen.⁵⁸⁵ Niet mag worden verwacht dat de praktijk deze vingerwijzing geheel zal verontachtzamen.

Waartoe leidt het bovenstaande? Het toont mijns inziens aan dat de burgerlijke rechter de rechtmatige daad nog niet, in elk geval niet uitdrukkelijk, heeft aanvaard als grondslag van een vordering. In zoverre is er de laatste decennia weinig gebeurd. Maar men moet zich niet blindstaren op de wijze waarop de rechter zijn oordeel formuleert. Integendeel: men moet willen zien dat Etikettenschwindel in toenemende mate plaatsvindt.

De afgelopen twintig jaar is mondjasmaat aangeklopt bij de burgerlijke rechter met een vordering die, ontdaan van alle franje, in feite werd gebaseerd op rechtmatige daad.⁵⁸⁶ De rechter is in schrijnende gevallen bereid gebleken de dogmatische hobbels te nemen.

In zeker opzicht zijn we inmiddels niet heel veel verder gekomen. Ook thans regent het nog geen vorderingen.⁵⁸⁷ Hét grote verschil is dat thans in een aantal gevallen tot de Hoge Raad is doorgeprocedeerd. En dat dit college thans zijn zegen heeft gegeven aan, bezien vanuit strikt dogmatisch oogpunt,⁵⁸⁸ 'frivolous claims'. Op sommige terreinen durft men vorderingen in te stellen die tien jaar geleden of zelfs minder vermoedelijk nog niet voldoende kansrijk werden geacht. Nu blijkt dat deze bij de Hoge Raad soms opgaan, mag daarvan een aanzuigende werking worden verwacht. Dat klemmt eens te meer gezien het principiële karakter van het hiervoor besproken varkenspestarrest. Ook op andere gebieden hebben we zodanige effecten waargenomen. Bij dit alles komt nog dat de Awb een voldoende stevige basis biedt voor op rechtmatige daad gestoelde vorderingen. Vereist

585. Aldus ook Bloembergen, Nieuwenhuis-bundel blz. 127.

586. Zie ook W.G. Huijgen, Aansprakelijkheid van de overheid (diss. Leiden 1991) blz. 136 e.v. Hij constateert dat van een 'stroomversnelling' geen sprake is.

587. Daarbij laat ik vorderingen als bedoeld onder 3.9.4.2.1 en 3.9.4.2.2 buiten beschouwing.

588. Tenzij men, zoals eerder vermeld, meent dat sprake is van schending van een algemeen beginsel van bestuur, zodat onrechtmatig is gehandeld.

is slechts dat zulks doordringt. Niet alleen overheidsmolens malen langzaam ...

3.9.4.4 Een korte schets der ontwikkelingen

De onrechtmatige overheidsdaad is voorwerp van constante ontwikkelingen. Wanneer we ons beperken tot de laatste decennia, dan blijkt dat vooral beweging valt te bespeuren op de volgende terreinen: steeds indringender formulering van de voor de overheid geldende zorgvuldigheidmaatstaf, hetgeen zich mede uit in de toetsing aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Voorts wordt de beleidsvrijheid ingeperkt. Vooral de laatste tien tot vijftien jaar is op dit gebied veel gebeurd.

Mede tegen de achtergrond van de zich wijzigende inzichten over stelplicht, informatieplichten en bewijslastverdeling lijkt het alleszins aannemelijk dat met name het gelijkheidsbeginsel aan de vooravond staat van een opmars.

Van recente datum is de belangstelling voor schade ten gevolge van strafvorderlijk optreden en vernietigde beschikkingen. In korte tijd is het recht hier wezenlijk uitgebouwd ten gunste van de burger. Doch, op het laatste terrein lijkt de wal het schip te keren. De grenzen zijn bereikt, zo de rechtspraak al niet de weg terug heeft ingeslagen.

Een enigszins eigen categorie vormt de rechtmatige overheidsdaad. Principiële arresten van de Hoge Raad waarin de vraag naar de toelaatbaarheid van zo'n vordering aan de orde wordt gesteld ontbreken. Toch zijn er verschillende tekenen die erop wijzen dat de Hoge Raad bereid is haar te aanvaarden. Maar de vraag is gewettigd of het niet in belangrijke mate gaat om een strijd om des keizers baard. Art. 3:4 Awb beoogt haar mogelijk te maken. En de rechtspraak is al enkele decennia bereid een weg te vinden om vorderingen toe te wijzen wanneer daartoe op redelijkheidsgronden aanleiding bestaat. Hoe dit ook zij, recente arresten maken duidelijk dat het alleszins de moeite kan lonen om op basis van het beginsel van de *égalité devant les charges publiques* bij de burgerlijke rechter aan te kloppen. In de lijn der verwachtingen ligt dat de grenzen spoedig zullen worden verkend. We staan derhalve mogelijk aan de vooravond van een substantiële uitbreiding van het aansprakelijkheidsrecht.

Een vrij serene rust heerst op de typische overheidstaken wetgeving in formele zin en rechtspraak. Zij het dan dat, in overeen-

stemming met bijvoorbeeld art. 6:2 BW, *toepassing* van een wetelijke bepaling in een concreet geval achterwege kan blijven, terwijl het Francovich-arrest nieuwe horizons opent. Wetgeving in materiële zin daarentegen is niet bestand gebleken tegen de aanvallen die daarop zijn ondernomen. Daarvoor geldt in hoofdlijnen dat deze overheidstaak over een kam wordt geschooren met andere takken van bestuur. Dat valt binnen zekere grenzen ook wel te begrijpen. In een aantal gevallen zal de wijze waarop het bestuur wordt uitgeoefend enigszins van toeval afhankelijk zijn.⁵⁸⁹

3.9.4.5 *Hoe moeten de ontwikkelingen worden verklaard?*

Kunnen de ontwikkelingen ook worden verklaard? De gewijzigde verhouding overheid-burger zal stellig een zeer belangrijke rol hebben gespeeld. Kennelijk gaan rechters en ook vele schrijvers ervan uit dat het in de huidige tijd pas geeft dat de overheid door haar veroorzaakte schade op vrij ruime schaal vergoedt.⁵⁹⁰ Nu de wetgever, uitzonderingen op deelgebiedjes buiten beschouwing gelaten, er geen blijk van geeft de ontwikkelingen af te keuren is er wellicht ook weinig grond voor terughoudendheid. Anders gezegd: een belangrijke rol speelt de aard van de laders.

De aard van de activiteit heeft er borg voor gestaan dat de aansprakelijkheid nopens onrechtmatige rechtspraak en wetgeving in formele zin nauwelijks is veranderd.⁵⁹¹ Hetzelfde speelt voor de beleidsvrijheid die de overheid wordt gelaten met betrekking tot andere typische bestuurstaken als defensie, buitenlandse betrekkingen en dergelijke meer.

Waar het vernietigde beschikkingen betreft lijkt mede van belang dat meer in het algemeen de aansprakelijkheid voor diensten en produkten wordt aangescherpt. Bloembergen heeft daarop, zoals we zagen,⁵⁹² gewezen. Een belangrijke rol is ook hier klaarblijkelijk weggelegd voor het collectiviteitsargument,

589. Vergelijk Van Wijk/Konijnenbelt, a.w. blz. 593/4 en Scheltema onder HR 16 mei 1986, NJ 1987, 251 sub 2.

590. Tjittes, NTBR 1993, blz. 148, noemt in dit verband de spreidingsgedachte.

591. Al is daarover, waar het wetten in formele zin betreft, als betoogd, twijfel mogelijk. Zie 3.9.4.1.1.

592. Zie onder 4.2.1. Tjittes wijst ook op het gelijkheidsbeginsel, a.w. blz. 148.

in casu een variant op de 'persoon' van de laedens. Het argument is door Hartlief onder vuur genomen. Zijns inziens heeft het weinig overtuigende kracht ingeval de benadeelde een (groot) bedrijf is.⁵⁹³ Dit betoog spreekt aan. Trouwens niet alleen in dit kader, maar in het algemeen voor de overheidsaansprakelijkheid.

De aard, omvang en voorzienbaarheid van de schade lijken op een aantal terreinen een rol te spelen. Het is niet onaannemelijk dat de aard in geding is bij de rechtspraak inzake het strafvorderlijk optreden. Zij het dan ook dat er een mijns inziens moeilijk te aanvaarden nadruk wordt gelegd op zaakschade, terwijl de zéér ingrijpende gevolgen van inverzekeringstelling, zonder dat veroordeling volgt, volstrekt onvoldoende aandacht krijgen. Ik denk dat deze factor tevens van betekenis kan zijn in het kader van de rechtmatige overheidsdaad. Wat onevenredig is hangt mijns inziens *mede* af van de aard van de schade. Uiteraard speelt de omvang daarvan een nog belangrijker rol, waarbij deze mede zal moeten worden gerelateerd aan de grootte van de benadeelde en diens financiële positie.

De voorzienbaarheid duikt op bij de aansprakelijkheid voor strafvorderlijk optreden. Maar zij is slechts een abstract begrip, in die zin dat zij wordt verondersteld.

De omvang van de schade, gezien vanuit de optiek van de algemene middelen, speelt thans nog geen kenbare rol.⁵⁹⁴ Daaraan is waarschijnlijk met name debet dat van (zeer) grote moeilijkheden nog geen sprake is. Toch is, gezien vanuit toekomstig perspectief, voorzichtigheid op haar plaats. Op dit moment lijkt de aansprakelijkheidslast nog beheersbaar. Maar de ervaringen elders hebben uitgewezen dat dit spoedig kan veranderen.

Het lijkt geenszins uitgesloten dat met name de verdere uitbouw van de rechtmatige overheidsdaad en de aansprakelijkheid voor strafvorderlijk optreden binnen een decennium zullen ontsponen. Maar het betreft hier speculatie. Zij is, naar ik zeer wel onderken, een gevaarlijke grond voor het betrachten van omzichtigheid, laat staan voor het omgooien van het roer. Het ligt in elk

593. In: CJHB (Brunner-bundel), blz. 144.

594. Of iets juister gezegd: zij lijkt een factor die werd genoemd in HR 2 juni 1995, RvdW 1995, 123. Immers wordt gerept van een anders 'onaanvaardbare uitbreiding'.

geval op de weg van de overheid om ten deze met deugdelijke gegevens te komen. In dit verband verdient nog opmerking dat het eenvoudig is om te jeremiëren, maar dat dit weinig indruk maakt.

Zo is denkbaar dat juist is het betoog dat de jurisprudentie inzake vernietigde beschikkingen een verlammeende invloed heeft op het bestuurlijk proces, zoals in de zaken *Bedrijfsvereniging-Boulogne* en *Staat-NCB*⁵⁹⁵ is aangevoerd. Maar *als* dat zo is⁵⁹⁶, dan kan het na verloop van tijd worden aangetoond. Mij zijn geen vervolgprocedures of artikelen bekend waarin dat is gebeurd. Ook zijn kennelijk in de zaak *Staat-NCB* geen gegevens te berde gebracht waaruit bleek dat de *Bedrijfsvereniging* inmiddels daadwerkelijk in een besluitcrisis was beland. Het zal dus wel meevallen. Bovendien moet worden bedacht dat in elk geval de Staat het zelf in de hand heeft beperkingen in zijn aansprakelijkheid aan te brengen door het maken van wetgeving.

§ 3.10 Hinder

3.10.1 Inleiding

Hoezeer de vraag welke hinder in het maatschappelijk verkeer aanvaardbaar is wordt bepaald door de tijdgeest komt tot uitdrukking in een ontboezeming van de Raad van State inzake het inmiddels vervallen art. 5.1.2 NBW:

'De bepaling waarop ongetwijfeld veel aandacht zal vallen, kan in haar werking rampspoedig worden voor de in de woonbuurten gevestigde verzorgingsbedrijven (...). Bakkers, slaggers, timmerlieden, enz. zullen spoedig beseffen, dat zij geacht worden te handelen op een wijze, als in het maatschappelijk verkeer niet betamelijk is, door hun ambacht uit te oefenen zonder rekening te houden met het feit, dat hun buurman overdag moet slapen, omdat hij 's nachts werkt, of dat de buurvrouw oud is en aan een hartkwaal lijdt, enz.'⁵⁹⁷

Zijn de angstdromen van de Raad werkelijkheid geworden? De

595. Respectievelijk HR 12 juni 1992, NJ 1993, 113 (CJHB) en HR 1 juli 1993, NJ 1995, 150 (CJHB).

596. Tjittes is begrijpelijkerwijs sceptisch, a.w. blz. 145/6.

597. PG boek 5 blz. 37.

Minister vreesde daarvoor niet.⁵⁹⁸ Aan wiens zijde het gelijk ligt, is het voorwerp van onderzoek van dit hoofdstuk. Hierna blijft art. 5:37 BW rusten. Deze bepaling is in essentie een codificatie van het oude recht.⁵⁹⁹ Het verder buiten aanmerking laten van dit artikel is geoorloofd omdat de vraag of aansprakelijkheid bestaat zal moeten worden beantwoord aan de hand van art. 6:162 BW.⁶⁰⁰ Daarbij doet (sedert 1973⁶⁰¹) niet terzake of de vordering wordt gegrond op een rechtsinbreuk of op handelen in strijd met de maatschappelijke betamelijkheid.⁶⁰²

Hierna zal op beperkte schaal aandacht worden geschonken aan de door art. 6:168 BW geregeerde kwestie: wel schadevergoeding maar geen verbod. Strikt genomen past dat niet in hetgeen elders in dit preadvies aan de orde wordt gesteld. De reden waarom er nochtans bij wordt stil gestaan is dat de rechtspraak ter zake licht werpt op de betekenis die wordt toegekend aan zwaarwegende maatschappelijke belangen, waaraan die van individuen tot op zekere hoogte worden opgeofferd. Tot op zekere hoogte, want zij hebben wel aanspraak op schadevergoeding.

3.10.2 De jurisprudentie in de zeventiger en tachtiger jaren

Het standaardarrest over deze materie is Vermeulen-Lekkerkerker⁶⁰³ Daarin werd duidelijk gemaakt dat niet iedere hinder onrechtmatig is. Of dat zo is, hangt af van

‘de ernst van die hinder en de omstandigheden waaronder deze plaatsvindt’.

In Van Dam-Beukeboom wordt een niet onbelangrijke uitbrei-

598. PG boek 5 blz. 38.

599. Zie voor hier niet relevante nuancering Asser-Hartkamp III nr. 40.

600. Eender G.E. van Maanen, NJB 1983 blz. 964/6 en NTBR 1994 blz. 88.

601. HR 16 maart 1973, NJ 1975, 74 (BW). In zijn noot onder NJ 1972, 278 had Scholten nog anders geoordeeld (onder 1).

602. Vergelijk HR 27 mei 1994, NJ 1994, 590. Zie nader Asser-Hartkamp III nr. 38/9. Zie voor de abundante literatuur over deze kwestie Onrechtmatige Daad I (Jansen) nr. 77. Jansen wijst er terecht op dat rechtspraak en literatuur met beide constructies ‘vrijwel steeds’ hetzelfde resultaat bereiken (Onrechtmatige Daad art. 162 lid 2 aant. 54). Anders Asser-Beekhuis II Zakenrecht, 12e druk, nr. 41.

603. HR 10 maart 1972, NJ 1972, 278 (GJS).

ding gegeven aan de aansprakelijkheid ter zake van hinder. Wordt een vergunning-voorschrift overtreden, dan wordt daarmee onrechtmatig gehandeld wanneer het strekt ter bescherming van het belang van degene die de vordering instelt.⁶⁰⁴ Maar het arrest houdt een even beduidende inperking in. *Beukeboom c.s.* betoogden dat het maken van lawaai, dat overschrijding van de algemeen in het maatschappelijk verkeer aanvaarde normen overschreed, eo ipso onrechtmatig was. De Hoge Raad zag dat anders:

'Voor zover zodanige maximaal toegelaten geluidsniveaus niet bij een wettelijk voorschrift of in de voorwaarden van een hinderwetvergunning zijn voorzien, is overschrijding ervan niet zonder meer een onrechtmatige daad jegens degenen die daar hinder van onder vinden, maar zal de onrechtmatigheid van de hinder mede afhangen van: a. de mate en frequentie van de overschrijdingen, b. de omvang van de hinder die degene die in rechte over de overschrijding klaagt, ervan ondervindt, en c. de offers die ermee gemoeid zijn om overschrijdingen te voorkomen.'

In het *Kalimijnen*-arrest wordt gewezen op de betekenis van belangenafweging.⁶⁰⁵ In dat geval werd bijzondere betekenis toegekend aan de belangen van de 'benedenstroomse' gebruiker. De lagere rechtspraak in deze periode⁶⁰⁶ kan in het algemeen niet spectaculair worden genoemd. Verweven als zij is met de wisselende feitelijke constellaties is het niet mogelijk daaraan conclusies te verbinden. Vermeldenswaard is wel een vonnis van de Haagse President waarin aanzienlijke overlast wegens heien niet onrechtmatig werd geacht, onder meer omdat dit slechts enkele weken duurde, plaatsvond in het centrum van een stad en de gemeente tijdelijk huisvesting elders had aangeboden.⁶⁰⁷ Onmiskenbaar interessant en tekenend voor het gewicht dat aan economische belangen wordt toegekend is een reeks van arresten van het Haagse Hof inzake nachtvluchten te Beek. In het

604. HR 9 januari 1981, NJ 1981, 227 (CJIB).

605. HR 23 september 1988, NJ 1989, 743 (JHN en JCS). Zie nader Van Maanen in *Pitlo/Rechuis, Heisterkamp, Goederenrecht*, 10e druk, nr. 487.

606. Zie *Onrechtmatige Daad* art. 162 lid 2 aant. 54.

607. Pres. Rh. 's-Gravenhage 1 november 1985, KG 1985, 375.

eerste arrest⁶⁰⁸ wordt het aantal vluchten beperkt. De Staat houdt zich niet aan dit arrest, zij het dan dat hij wel tal van kostbare maatregelen treft. Niet onbegrijpelijk wordt gevraagd om een dwangsom te verbinden aan verdere overtreding. Het Hof wijst die vordering af. Daarbij kent het overwegende betekenis toe aan de economische belangen van een aantal bedrijven, die hun activiteiten anders naar elders zouden verplaatsen, waardoor werkgelegenheid teloor zou gaan.⁶⁰⁹ Door de eisende partij was nog aangevoerd – samengevat – dat het lawaai een ongunstige invloed op de slaap en daarmee de gezondheid zou hebben. Dit betoog wordt verworpen, *niet* omdat het onjuist is, maar omdat 'over de ernst daarvan nog niets bekend is'. Het overweegt laconiek dat op dit punt nader onderzoek aanbeveling verdient.^{610 611}

3.10.3 De rechtspraak in de negentiger jaren

De in 3.10.2 besproken criteria ter bepaling van de vraag of hinder onrechtmatig is blijven in essentie gehandhaafd in de negentiger jaren. Wel wordt nog een aantal andere factoren naar voren geschoven:

- de plaatselijke omstandigheden;⁶¹²
- de omstandigheid dat de benadeelde zich eerst later ter plaatse vestigde;⁶¹³
- de duur;⁶¹⁴

608. Hof 's-Gravenhage 27 februari 1986, NJ 1987, 1008.

609. Hof 's-Gravenhage 10 juli 1986, NJ 1987, 1010 rov 16 e.v.

610. De zaak heeft nog een vervolg. De Staat haalt wederom de eerder aangekondigde datum niet, thans door tegenwerking van de betrokkenen. Dit leidt wederom tot opschorting van de dwangsommen: Hof 's-Gravenhage 31 december 1986, NJ 1987, 1011.

611. Rov 21.

612. HR 3 mei 1991, NJ 1991, 476 en daarover Van Maanen, NTBR 1994 blz. 89. In HR 28 april 1995, NJ 1995, 513 maakt de Hoge Raad duidelijk dat de maatstaf van het arrest NJ 1991, 476 nog steeds geldt.

613. HR 3 mei 1991, NJ 1991, 476 en HR 24 november 1995, RvdW 1995, 251. Zie ook PG boek 5 blz. 34 en Van Maanen, NTBR 1994 blz. 89. In Asser-Beekhuis II nr. 40 wordt het relatieve karakter van deze factor benadrukt. In NTBR 1994 blz. 161/2 ben ik nader op deze materie ingegaan.

614. Dit criterium was ook genoemd in HR 23 september 1988, NJ 1989, 743 (JHN en JCS).

- het gewicht van de belangen die door de hinder toebrengende activiteit worden gediend;
- de mogelijkheid, mede gelet op de daaraan verbonden kosten, en de bereidheid om maatregelen ter voorkoming van schade te nemen;⁶¹⁵
- de omvang van de schade.⁶¹⁶

De enkele omstandigheid dat ernstige overlast wordt veroorzaakt is *onvoldoende* voor onrechtmatigheid. Worden onder die omstandigheden onvoldoende maatregelen genomen ter voorkoming of verzachting, dan wordt zulks anders.⁶¹⁷

De arresten ademen alle dezelfde terughoudende geest uit. In een zaak waarin overwaaiende onkruidzaden een belendende kweker tot extra werkzaamheden noopten bracht A-G Biegman-Hartogh dit kernachtig onder woorden: 'Waarom zou Van Tol het op zijn terrein groeiende onkruid tot het laatste zaadje moeten verdelgen – terwijl hij daar zelf geen belang bij heeft – alleen opdat De Jong zijn potten met kwekerijprodukten niet, althans minder vaak zou behoeven te wieden?'⁶¹⁸

In het arrest Logister–Staat⁶¹⁹ wringt de Hoge Raad zich ook dogmatisch in allerlei bochten om geen aansprakelijkheid te behoeven aannemen. Een campinghouder, die zich vestigt naast een vliegveld, dat niet meer in gebruik is, kan *geen* schadevergoeding vorderen wanneer dit later toch weer in gebruik wordt genomen. Immers had hij na moeten vragen of dit zou gebeuren.

615. Zie voor deze laatste drie factoren HR 15 februari 1991, NJ 1992, 639 (CJHB) rov 4.5. Vergelijk wat de laatste factor betreft HR 27 mei 1994, NJ 1994, 590 en HR 9 januari 1981, NJ 1981, 227 (CJHB).

616. HR 28 april 1995, NJ 1995, 513.

617. Aldus kennelijk HR 29 oktober 1993, NJ 1994, 107 rov 3.2 en voor het vervolg Hof 's-Hertogenbosch 10 mei 1995, NTBR 1996, blz. 35, G.E. van Maanen. Intussen is niet geheel duidelijk of dit oordeel van het Hof door de Hoge Raad wordt onderschreven. Ook Van Maanen leest het arrest als in de tekst vermeld (NTBR 1994 blz. 88 en voor uitwerking blz. 89). In HR 27 mei 1994, NJ 1994, 590 overweegt de Hoge Raad dat het enkele toebrengen van schade niet onrechtmatig is. In het voorliggende geval was vereist geweest dat de schade voorzienbaar was en dat met het oog daarop maatregelen genomen hadden kunnen worden die redelijkerwijs gevergd konden worden (rov 3.5). Mijs inziens is goed verdedigbaar dat structurele ernstige hinder in het algemeen onrechtmatig is (vgl. A&V 1994 blz. 21).

618. Conclusie voor HR 3 mei 1991, NJ 1991, 476 onder 4.3.

619. HR 24 november 1995, RvdW 1995, 251 rov 3.4.

Onder deze omstandigheden is (jegens hem?) niet onrechtmatig gehandeld. Waarom dat zo is ontgaat mij. Het is zeer wel denkbaar dat Logister's nalatigheid eigen schuld oplevert, mogelijk – maar onwaarschijnlijk – zelfs in die mate dat de schade geheel aan hem moet worden toegerekend. Maar dat is iets geheel anders dan de apodictische stelling dat *niet onrechtmatig* is gehandeld.⁶²⁰

Ook in deze periode wordt aanzienlijke voorzichtigheid betracht wanneer economische belangen in geding zijn.⁶²¹ Daartoe behoren, zoals we zagen, de kosten, gemoeid met het treffen van maatregelen.

3.10.4 Zit er een lijn in de ontwikkeling?

Ontdaan van franje en nuanceringen kan worden gezegd dat de rechtspraak weinig vriendelijk is ten opzichte van de 'gehinderde'. Dat is mogelijk ook de reden waarom in ons land, anders dan in andere landen,⁶²² vrij weinig jurisprudentie voorhanden is. Grosheide heeft, sprekend over aantasting van woongenot, de stand van zaken helder verwoord. Onrechtmatige hinder is er

'indien en zodra de ondervonden genots- en/of gebruiksbelemmering – mede gelet op wat in medisch-biologisch opzicht aanvaardbaar, in technisch opzicht realiseerbaar, en in sociaal-economisch opzicht wenselijk is – leidt tot verstoring van een terzake van de bestemming van de omgeving van de woonruimte bestaand lokaal evenwicht'.⁶²³

Met name ook de laatste jaren is een aantal nieuwe gezichtspunten geformuleerd waarop moet worden gelet. Praktisch gesproken komt dat erop neer dat nieuwe obstakels voor de benadeelde zijn opgeworpen. Onder 3.10.3 werd daarvan gewag gemaakt. Als er een lijn in de jurisprudentie zit, in die zin dat deze verandert, dan is het er een ten detrimente van eisende partijen.

620. Zie nader mijn noot in A&V 1996/2.

621. Zie vooral HR 15 februari 1991, NJ 1992, 639. Zie voorts Hof 's-Gravenhage rov 19 kenbaar uit HR 25 januari 1991, NJ 1991, 309, Hof Leeuwarden 4 september 1991, NJ 1992, 399 (verkort afgedrukt).

622. Asser-Beekhuis, a.w. nr. 40.

623. TMA 1992 blz. 17.

Men trekke uit deze uiteenzetting niet de conclusie dat het recht heeft stilgestaan. Hinder die enkele decennia geleden nog normaal werd gevonden beschouwen we thans als onduelbaar. Dat geldt onder heel veel meer voor stank- en geluidoverlast. De oplossing is evenwel gekomen van het publiekrecht. Via de weg van allerhande vergunningen en regels is paal en perk gesteld aan handelingen waarvan we thans menen dat deze niet aangaan. Worden die regels overtreden, dan staat daarmee de onrechtmatigheid vast. Maar zelfs in die gevallen blijkt de rechter soms nog terughoudend om deze te verbieden.⁶²⁴ Ook dan leggen economische belangen niet zelden een zó zwaar gewicht in de schaal dat de balans in hun richting doorslaat.⁶²⁵ In die gevallen waarin specifieke normen ontbreken blijkt grote terughoudendheid te bestaan bij het als onrechtmatig bestempelen van gedragingen. In zoverre is de door de Raad van State gekoesterde vrees, waarvan onder 3.10.1 gewag werd gemaakt, niet bewaarheid geworden.

3.10.5 *Hoe de ontwikkeling te verklaren?*

In het voorafgaande ligt besloten dat een preponderante positie toekomt aan economische belangen.⁶²⁶ Dat geldt trouwens niet alleen in Nederland. Vooral in het kader van hinder door vliegvelden heeft het Straatsburgse Hof zich een en andermaal met deze kwestie bezig gehouden. Ook in zijn jurisprudentie wordt een bijzondere nadruk op deze factor gelegd.⁶²⁷

Het is niet mogelijk om in abstracto een waardeoordeel over deze ontwikkelingen te geven. Ik volsta met twee kanttekeningen. Het spreekt niet *zonder meer* voor zich dat individuen hinder in een mate die uitstijgt boven geringe overlast, die in de huidige tijd onvermijdelijk is, moeten dulden omdat het algemeen belang dat vergt. Ook zij zijn deel van de collectiviteit. Niet valt in

624. Zie naast de al genoemde voorbeelden HR 3 april 1987, NJ 1987, 703 (G) en HR 23 september 1988, NJ 1989, 743 (JHN en JCS) rov 3.3.

625. S.J.F.M. Jurgens heeft erop gewezen dat de afweging van maatschappelijke belangen op dit terrein geen taak van de rechter is (RM Themis 1985 blz. 27 e.v.).

626. Zie ook MO, PG bock 5 blz. 55

627. Zie voor nadere gegevens mijn noot onder het arrest Zaadnoordijk-Staat, NTBR 1994 blz. 109 e.v.

te zien waarom de belangen van anderen – vaak groter in getal – van meer gewicht zouden moeten zijn.

Belangrijker is evenwel dat ons recht scheefgroeit.⁶²⁸ Binnen grenzen, waar en hoe ook getrokken, zal men *moeten* aanvaarden dat hinder wordt toegebracht.⁶²⁹ Dat geldt voor het verkeer, voor bepaalde industrieën, maar ook voor door particulieren veroorzaakte overlast. Er bestaat geen reëel alternatief, zelfs niet het opofferen van onze gekoesterde welvaartsstaat. Misschien zelfs is het tegendeel het geval, want deze maakt het in elk geval mogelijk dat kostbare maatregelen ter beteugeling worden getroffen. Maar spreekt het werkelijk voor zich dat op dit gebied economische en maatschappelijke belangen de overhand hebben, terwijl we ons daar op andere terreinen van het aansprakelijkheidsrecht veel minder om bekommeren? Het is voor mij een retorische vraag.

§ 3.11 Leidingschades

3.11.1 Inleiding

Bij bouwwerkzaamheden kunnen gemakkelijk leidingen worden beschadigd. Dit zal vooral leiden tot schade bij degenen die daarop zijn aangesloten. Afhankelijk van de duur van de breuk en de vraag of de aangeslotene noodvoorzieningen heeft getroffen, kan het daarbij om zeer aanzienlijke bedragen gaan.

Bezien vanuit juridische optiek is in de eerste plaats van belang *of degene die de kabel heeft beschadigd* aansprakelijk kan worden gesteld. De rechtspraak over dat aspect is redelijk uitgekristalliseerd. *Als* aansprakelijkheid wordt aangenomen, moet worden nagegaan *hoe* *ver* zij reikt. Een kwestie die met name moet worden beantwoord aan de hand van art. 6:98 BW.⁶³⁰ Merkwaardigerwijs is de jurisprudentie op dat terrein schaars. Daaruit zal vermoede-

628. Zie nader ook NTBR 1994 blz. 162.

629. Zie ook Pitlo/Reehuis, Heisterkamp, a.w. nr. 481.

630. Uit HR 14 maart 1958, NJ 1961, 570 en HR 1 juli 1977, NJ 1978, 64 (GJS) mag worden afgeleid dat art. 6:163 BW – voor zover ten deze nog een zelfstandig vereiste na HR 30 september 1994, RvdW 1994, 185 – geen obstakel vormt. Wat dit eerste arrest betreft gaat R.A. Salomons er ten onrechte van uit dat de Hoge Raad ook aannam dat sprake was van causaal verband (Mon. Nieuw BW B38, nr. 53).

delijk moeten worden afgeleid dat verder weg liggende schakels er vanaf hebben gezien de laedens in rechte te betrekken, kennelijk omdat zij weinig vertrouwen hebben in de goede afloop van een procedure.

Ook in rechtsvergelijkend perspectief is de hier besproken materie interessant. Aan het slot van dit hoofdstuk zal een aantal impressies worden gegeven.

3.11.2 *De aansprakelijkheidsvraag*

Het meest voor de hand liggend 'aanspreekpunt' voor degene die schade lijdt ten gevolge van kabelbreuken is de aannemer. Het hierna volgende zal daartoe worden beperkt.⁶³¹ Ten minste vereist is dat hij op de mogelijke aanwezigheid van leidingen bedacht moest zijn. Of daarmee rekening moest worden gehouden hangt af van de omstandigheden, als daar zijn de aard van het terrein, de waarschijnlijkheid dat leidingen zullen zijn gemarkeerd, de diepte waarop de werkzaamheden worden uitgevoerd en de vroegere bestemmingen van het perceel.⁶³² Op hem rust een vrij vergaande eigen onderzoekplicht.⁶³³ Hij zal niet zonder meer af mogen gaan op hem door de opdrachtgever verstrekte gegevens.⁶³⁴

De aangelegde zorgvuldigheidsmaastaf is mijns inziens nogal streng.⁶³⁵ Maar dat behoeft, gezien de aard van de materie, niet werkelijk te verbazen. Kabels en leidingen komen op zo ruime schaal voor, terwijl de schade die door beschadiging teweeg wordt gebracht zó groot kan zijn, dat van aannemers het nodige

631. Zie voor andere in aanmerking komende personen Onrechtmatige Daad VIII.2 (Hartlief en Tjittes) aant. 38 en A.R. Bloembergen, BR 1969 blz. 336 e.v. en 1979 blz. 576 e.v.

632. Onrechtmatige Daad VIII.2 aant. 34.

633. Zie Onrechtmatige Daad VIII.2 aant. 35. Het genoemde arrest van het Hof Arnhem 15 september 1982, NJ 1983, 158 is niet van veel belang, nu het gaat om de aansprakelijkheid van de *opdrachtgever*.

634. Idem aant. 36 en Onrechtmatige Daad art. 162 lid 3 (Jansen) aant. 30.3, waaraan nog valt toe te voegen Rb. Maastricht 23 maart 1995, NJ 1995, 604. Zie uitvoerig ook Bloembergen, BR 1969 blz. 334 e.v. en in BR 1979 blz. 568 e.v.

635. Dat verklaart waarschijnlijk ook waarom in een hoog percentage gevallen aansprakelijkheid werd aangenomen, zo leert een door Bloembergen over 1973/4 gehouden onderzoek (BR 1979 blz. 574).

mag worden gegeven. Van relevante wijzigingen in de rechtspraak lijkt de afgelopen decennia geen sprake.

3.11.3 De voor vergoeding in aanmerking komende schade

Intrigerender is welke schade voor vergoeding in aanmerking komt. We betreden hier in belangrijke mate een terra incognita. De MvA II op art. 6.1.9.4 (thans 6:98) BW besteedt aandacht aan deze problematiek:

'Zo bestaat ook neiging om bij beschadiging van electriciteitskabels e.d. aan te nemen dat niet alle bedrijven die door het uitvallen van de electriciteit benadeeld zijn, een vordering tot schadevergoeding hebben, hoewel zeer wel te voorzien is dat door een dergelijke beschadiging hele ketens van bedrijven, hun afnemers, de afnemers van deze afnemers etc. schade kunnen lijden. Men pleegt voor deze opvatting geen beletsel te zien in H.R. 14 maart 1958, NJ 1961, 570.'⁶³⁶

Dat laatste valt in zoverre te begrijpen dat dit arrest (met name) betrekking heeft op de relativiteitsvraag. Voorts was niet aan de orde hoe ver de vergoedingsplicht zou strekken. Maar los daarvan is de stelling dat het arrest uit 1958 geen beletsel voor de geentileerde opvatting vormt wel enigszins verrassend. Het was immers heftig bekritiseerd.⁶³⁷ De toen geuite bedenkingen zijn later herhaald, maar inmiddels goeddeels verstomd.⁶³⁸

636. PG boek 6 blz. 344.

637. Zie bijvoorbeeld J.H. Beekhuis, AA VIII blz. 76. De kritiek lijkt zich vooral toe te spitsen op verder weg liggende schakels. Zijn gedachte dat een rol zou hebben gespeeld dat de Staat de laedens was, is door Van Hees-Esbeek achterhaald; zie voorts A.R. Bloembergen, Schadevergoeding bij onrechtmatige daad nr. 169 en 195 en in BR 1969 blz. 337 zomede J. van Schellen, Juridische causaliteit, blz. 131/2 noot 24. Vergelijk H.K. Köster, Causaliteit en voorzienbaarheid blz. 17.

638. A.R. Bloembergen, BR 1979 blz. 572/3, Van der Grinten, AA 1978 blz. 454, G.H.A. Schut, RM Themis 1978 blz. 379 en J. Van Schellen, Toerekening naar redelijkheid nr. 140; hij suggereert ten deze gebruik te maken van art. 6:110 BW. Van de recente auteurs is Salomons nog kritisch: a.w. blz. 54. Zie zeer uitvoerig over de problematiek van economische schade, in inventariserende zin, R.J.P. Kottenhagen, BR 1991 blz. 339 e.v. en voor de onderhavige problematiek met name blz. 345 e.v. In BR 1992 blz. 667 e.v. houdt Kottenhagen een pleidooi dat in beginsel strekt tot vergoeding van zuivere vermogensschade →

De MvA spreekt van 'niet alle bedrijven'. In het bekende arrest Van Hees-Esbeek⁶³⁹ heeft de Hoge Raad duidelijk gemaakt dat in elk geval sommige wél een aanspraak hebben. Een dragline van Van Hees beschadigt een aardgastransportleiding. Daardoor valt de afzet aan het bedrijf van Esbeek zeven uur stil. Esbeek lijdt 'stagnatieschade' ten belope van f 7350. Van Hees verweert zich – voor zover hier van belang – met de stelling dat de schade niet aan haar moet worden toegerekend. Dit inspireert de Hoge Raad tot de klassiek geworden overweging:

'dat (...) weliswaar van belang kan zijn of de schade het redelijkerwijs te verwachten gevolg was van de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust', maar dat mede moet worden gelet op de omstandigheden van het geval.

'dat in het onderdeel geen andere omstandigheden worden aangeduid die, mede gezien de aard van de aansprakelijkheid en van de schade, tot de slotsom zouden kunnen leiden dat het voormelde verband tussen deze schade en de gemaakte fout ontbreekt.'

Maar, zo zou men kunnen denken, dit gaat toch wel ver. Immers kan de schade zéér groot zijn. Het zou de aangesprokene niet kunnen baten:

'dat aan het overwogene niet wordt afgedaan door de mogelijk uit maatschappelijk oogpunt verstrekkende gevolgen die de aansprakelijkheid als die van (...), de bestuurder van de dragline) volgens het onderdeel (...) voor Van Hees c.s. zou kunnen hebben.'

Deze laatste overweging is niet geheel duidelijk, hetgeen mogelijk op het conto van de steller van het onderdeel moet worden geschreven. Wat die verstrekkende gevolgen zouden kunnen zijn ('volgens het onderdeel') wordt niet aangegeven. Abstracte klagerige betogen zijn van alle tijden! Het ligt intussen voor de hand wat de consequenties zouden kunnen zijn: een cascade van schadelclaims.⁶⁴⁰ Daaromtrent overwoog het college, in het kader van

→ bij leidingbeschadigingen, mits voldaan is aan een aantal daar genoemde en uitgewerkte voorwaarden (zie vooral blz. 66g e.v.). Voor welke schakels dit zou moeten gelden komt niet uit de verf.

639. HR 1 juli 1977, NJ 1978, 84 (GJS).

640. J. van Schellen, Toerekening naar redelijkheid, nr. 140 wijst daar met juistheid op.

de relativiteit, dat 'een uitgebreidheid van vergoedingsplichten' aan aansprakelijkheid niet vermocht af te doen. Aangenomen zal mogen worden dat ditzelfde voor de causaliteit geldt.

Over de consequenties van het arrest wordt verschillend gedacht. Dat behoeft niet te verbazen. Immers geeft het niet aan welke 'schakels' erdoor worden beroerd. De meer gangbare opvatting is dat het vermoedelijk beperkt is tot tweedegraadsschade.⁶⁴¹ Brunner heeft gesuggererd materiële schade eerder voor vergoeding in aanmerking te laten komen dan winstderving.⁶⁴² Bloembergen heeft – met aarzeling – geopperd dat schade van particulieren niet voor vergoeding in aanmerking komt omdat zij 'geen afnemers als Esbeek' zijn.⁶⁴³ Als ik hem goed begrijp betoogt Kottenhagen dat de Hoge Raad voor het 'floodgate-argument' alleen gevoelig is wanneer het een daadwerkelijke dreiging in het voorliggende geval is.⁶⁴⁴ De – door deze auteur aanvaarde, maar in mijn ogen weinig aantrekkelijke – consequentie van deze opvatting is dat de benadeelde zijn schade vergoed krijgt wanneer er weinig andere gedupeerden zijn (of een dreiging daarvoor bestond?), terwijl hij *niets* krijgt wanneer er vele benadeelden zijn. Dat het college dit zou hebben bedoeld is niet bijster aannemelijk.

Of de beperking tot tweedegraadsschade, hoe voor de hand liggend mijns inziens ook, naar geldend recht nog als uitgangspunt mag worden genomen is kwestieus. Een uiteenzetting in de MvT op het wetsontwerp gevaarlijke stoffen is daaraan debet. In het kader van de *risico-aansprakelijkheid* van art. 6:175 BW komt aan de orde een gebeurtenis waardoor een strand wordt verontreinigd. Dienaangaande heet het:

'In het oog moet (...) worden gehouden dat de eis van causaal verband (...) grenzen stelt die meebrengen dat slechts van rechtstreeks als gevolg van de verontreiniging ontstane bedrijfsschade zeker is dat zij voor vergoeding in aanmerking komt. (... Men) denke aan

641. Scholten in NJ-noot onder 4, Van der Grinten oppert de mogelijkheid dat anderen dan afnemers geen aanspraak op vergoeding hebben (AA 1978 blz. 451). Voorzichtiger Salomons, a.w. blz. 54.

642. Brunner, RM Themis 1981 blz. 40, doch hij is zeer voorzichtig. Daartegen Van Schellen, Toerekening naar redelijkheid nr. 141.

643. BR 1979 blz. 573/4. De stelling lijkt mij niet sterk.

644. BR 1992 blz. 670.

de bedrijfsschade van de hotels die aan het strand liggen. Maar daarnaast kan ook bedrijfsschade geleden zijn door de winkeliers die van de hotelgasten klanten zouden hebben gehad, door degenen (lees:) van wie het hotel eetwaren en dranken placht te betrekken, door de leveranciers van deze winkeliers, etc. In de parlementaire geschiedenis (...) wordt voor deze in de keten van benadeelden verder weg liggende schakels voor het aannemen van causaal verband terughoudendheid gesuggereerd. Ook (... het arrest Van Hees-Esbeek ...) laat voor een dergelijke terughoudendheid ruimte. Maar de kwestie blijft uiteindelijk aan de verdere ontwikkeling van de rechtspraak overgelaten.⁶⁴⁵

De zojuist geciteerde passage munt niet uit door duidelijkheid, hetgeen vermoedelijk ook de bedoeling is geweest. Toch geeft zij voedsel aan de gedachte dat geenszins als vaststaand mag worden aangenomen dat bij leidingschades aansprakelijkheid tot tweedegraadsschade beperkt zal blijven. In de eerste plaats omdat het wordt gepresenteerd als een 'open kwestie'. Voorts nu van het arrest Van Hees-Esbeek wordt gezegd dat het 'ruimte biedt' voor een terughoudende benadering. Deze ligt blijkbaar niet in het arrest besloten.⁶⁴⁶ Ten slotte moet worden bedacht dat het in 's Ministers betoog gaat om een risico-aansprakelijkheid. Dan is een beperkt causaal verband eerder geïndiceerd dan bij een schuldaansprakelijkheid.⁶⁴⁷

3.11.4 *Rechtsvergelijkende impressies*

De largesse die het Nederlandse recht kenmerkt steekt schril af tegen de veel kariger tot afwijzende benadering in andere landen.⁶⁴⁸

645. MvT w.o. 21 202 blz. 18/19, waarover J. Spier en C.H.W.M. Sterk, Aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen blz. 20/21, zomede Kottenhagen, BR 1991 blz. 349/350.

646. In dit verband is niet geheel zonder belang dat de ontwerper van de MvT, Sniijders, het arrest heeft meegewezen.

647. Zie nader Schadevergoeding art. 98 (Boonekamp) aant. 29,2.

648. Voor zover niet naar specifieke vindplaatsen wordt verwezen is de informatie afkomstig van de collega's die behoren tot een internationale groep van aansprakelijkheidsrecht deskundigen, te weten: C. von Bar, D.B. Dobbs, B.W. Dufwa, K.D. Kerameus, H. Koziol, W.I.V. Rogers, G. Viney en P. Widmer. Het komende jaar zullen deze gegevens in boekvorm verschijnen.

Naar Engels,⁶⁴⁹ Duits,⁶⁵⁰ Grieks en Portugees recht⁶⁵¹ komt zaak-schade en daaruit voortvloeide vermogensschade voor vergoe-ding in aanmerking. Veelal wordt in de Verenigde Staten hetzelf-de aangenomen. Met name met betrekking tot verder weg lig-gende schakels bestaat uitzonderlijke terughoudendheid. Naar Oostenrijks recht⁶⁵² blijft de derde in de kou staan; naar Zweeds recht geldt vermoedelijk hetzelfde. In theorie is het Franse recht veel ruimhartiger. Of de schade louter bestaat uit winstderving of het gevolg is van zaakschade doet niet ter zake.⁶⁵³ Evenwel zal de benadeelde deze wel hebben te bewijzen, terwijl daaraan hoge eisen worden gesteld. Een vordering ter zake van derde-gradsschade zal daarop vermoedelijk afstuiten. Immers zal in het algemeen moeilijk zijn aan te tonen dat de afnemers niet elders terecht konden. Naar Zwitsers recht komen beide soorten schade in beginsel voor vergoeding in aanmerking. Hetzelfde geldt voor Belgisch recht, met dien verstande dat de rechter mo-gelijkheden heeft om een onwenselijke omvang van de aanspra-kelijkheid tegen te houden.⁶⁵⁴

3.11.5 Hoe valt de jurisprudentie te verklaren?

De voorzienbaarheid is het scharnier waarom de leidingjurispru-dentie draait.⁶⁵⁵ Dit geldt in de eerste plaats de *vestiging* der aan-sprakelijkheid, maar tevens de vraag hoe ver zij reikt.⁶⁵⁶ Op het

649. Zie Winfield & Jolowicz on Tort, 14e druk, bewerkt door Rogers, blz. 93/94 en uitvoerig Charlesworth & Percy on Negligence, 8e druk, nr. 2-80 e.v.
650. H. Kötz, Deliktsrecht, 5e druk, nr. 61. Zie voorts R.P.J. Kottenhagen, BR 1992 blz. 658/662.

651. Zij het dat de theorie wel enigszins omstreden is.

652. H. Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht, deel I, 2e druk, blz. 157 e.v. Zie verder Kottenhagen, BR 1992 blz. 662/3.

653. G. Viney, Traité de droit civil, Les obligations, La responsabilité, conditions (1981) nr. 251. Zie voorts Kottenhagen, BR 1992 blz. 654 e.v.

654. Zie nader Kottenhagen, BR 1992 blz. 657/8.

655. HR 1 juli 1977, NJ 1978, 84 (GJS) met betrekking de onderdelen 1,2 en 3 van het middel. Idem Asser-Hartkamp I nr. 435 en Van der Grinten, AA 1978 blz. 451/2. Om deze reden is wellicht niet geheel juist de stelling van Bloembergen, BR 1979 blz. 573 dat een op 'geringe fout' gebaseerd verweer zwak is. Naarmate de voorzienbaarheid meer in het oog sprong zal van een geringe fout geen sprake zijn.

656. Idem naar aanleiding van onderdeel 4; doch het is hier niet de enige grond, zoals de Hoge Raad aangeeft.

argument valt wel iets af te dingen. Het moge zijn dat schade, mogelijk zelfs megaschade, valt te voorzien, maar de omvang daarvan is ongewis.⁶⁵⁷ Voor de laedens zou de voorzienbaarheid, zo meent de Hoge Raad kennelijk, voldoende moeten zijn om zich te onthouden van kabelbeschadiging. Dat valt op zich te begrijpen.⁶⁵⁸

Ook de aard der aansprakelijkheid speelt mogelijk een rol,⁶⁵⁹ al is deze sterk verweven met de zojuist genoemde factor.⁶⁶⁰ Zoals A-G Berger voor het arrest Van Hees-Esbeek het zo mooi uitdrukte: gezien de constellatie (waarbij de voorzienbaarheid een belangrijke rol speelde), behoort 'de onderbreking van de gas-toevoer i.c. eerder tot de bedrijfsrisico's van Van Hees c.s.'. ⁶⁶¹ Ik denk dat de Hoge Raad iets dergelijks voor ogen moet hebben gestaan toen hij, zonder nadere toelichting, de aard der aansprakelijkheid als relevant criterium naar voren schoof.

Opmerkelijk is dat de aard van de schade geen beperkende rol speelt.⁶⁶² In dit verband is goed te benadrukken dat deze factor wel expliciet is meegewogen ('mede gezien de aard van de schade'). De verklaring zal vermoedelijk daarin moeten worden gezocht dat de voorzienbaarheid overheerst. Tegen die achtergrond verbleekt de omstandigheid dat (zuivere) vermogensschade aan de orde is. Intussen moet niet worden uitgesloten dat zij

657. In die zin Bloembergen, a.w. nr. 195. Hij wijst er voorts op dat de 'capacity to bear the loss' bij de benadeelde veel groter zal zijn dan bij de laedens.

658. Betoogd is wel dat de betekenis van de voorzienbaarheid niet ware te overspannen. Omdat het hier gaat om een vrij vaag criterium zou tevens moeten worden bezien of sprake is van een zo ver verwijderd verband dat toerekening te ver voert. Zie Schadevergoeding art. 98 aant. 32.

659. Ook HR 25 maart 1983, NJ 1984, 629 (CJHB) rov 3.3 maakt duidelijk dat 'de aard van de gedraging en van de daardoor geschonden normen' mede bepalen 'welke eisen aan de voorzienbaarheid van de resulterende schade' moeten worden gesteld. Terecht betoogt Brunner (noot onder 1) dat de mate van voorzienbaarheid varieert met de aard van de onrechtmatige daad.

660. J.M. van Dunné, Verbintenissenrecht, deel 2, 2e druk, wijst erop dat moet worden gelet op de concrete gedraging (blz. 422).

661. NJ 1978 blz. 272 r.k.

662. Dit terwijl wordt aangenomen dat zuivere vermogensschade een minder hoge prioriteit heeft dan letselschade en zaakschade. Zie bijvoorbeeld Asser-Hartkamp I nr. 434 en verdere vindplaatsen genoemd in Schadevergoeding art. 98 aant. 30.

wél een rol kan vervullen bij beperking tot tweedegraadsschade.⁶⁶³

§ 3.12 Aansprakelijkheid voor ongelukjes?

3.12.1 Inleiding

In een bijdrage onder de pakkende titel 'omgestoten wijnglazen en andere ongelukjes' verhaalt Roelvink van een housewarming party waar een gast per ongeluk een wijnglas omstootte. Daardoor werd een nieuw vloerkleed beschadigd. De gastheer/eigenaar sprak de gast aan. Roelvink vervolgt:

'Een mini-enquête onder juridisch geschoolden bracht aan het licht dat aansprakelijkheid door sommigen evident, door anderen dubieus en door weer anderen onaannemelijk werd geoordeeld. Trouwens, ook over de vraag welke gedragslijn de moraal, of, prozaïscher, de plaatselijke eüquette aan gast en gastheer ter afwikkeling van het incident voorschreef, werd geen overeenstemming bereikt.'⁶⁶⁴

Deze en dergelijke voorvallen komen veelvuldig voor. Verzekeraars worden er veelvuldig mee geconfronteerd. Naar ik begrijp plegen ze de vorderingen af te wijzen. Regelmatig leidt dit tot klachten bij de Raad van Toezicht op het Schadeverzekeringsbedrijf. Tenzij sprake is van bijkomende omstandigheden pleegt hij de klachten ongegrond te achten.⁶⁶⁵

Het gaat hier stellig niet om een van de grote problemen van onze tijd. Maar toch is de materie boeiend én belangrijk. Bezien vanuit strikt juridisch oogpunt is niet zo eenvoudig te verklaren waarom aansprakelijkheid *ontbreekt*. Terwijl dat naar geldend recht zeer wel mogelijk is. Er is nog een tweede reden waarom de hier besproken materie onze aandacht verdient. En wel omdat de wijze waarop de Hoge Raad ermee omgaat licht werpt op de wijze waarop hij tegen het aansprakelijkheidsrecht aankijkt.

663. C.J.H. Brunner, VR 1981 blz. 216.

664. H.L.J. Roelvink, in CJHB (Brunner-bundel) blz. 325.

665. Idem, blz. 325/6.

3.12.2 Een ruiker jurisprudentie

In de rechtspraak hebben vier zaken aandacht getrokken: het speelse duw-, bushalte-, zwiepende tak- en Inter Scaldes-arrest. Van de Baan en De Jager zijn beiden werkzaam bij Avery. De verhouding tussen beiden is goed. Er wordt wel eens wat 'gedold',⁶⁶⁶ waarbij men elkaar een schouderklap of duwtje gaf. Op een kwade dag kreeg Van de Baan weer eens zo'n duw van De Jager; hij viel en liep knieletsel op. Levert dit gebeuren aansprakelijkheid op? Ja, vond de Rechtbank. Neen, oordeelde het Hof. Het nogal feitelijke en overigens weinig duidelijke cassatiemiddel bedoelt blijkbaar de stelling te betrekken dat De Jager inbreuk heeft gemaakt op het subjectief recht van Van de Baan en daarom onrechtmatig handelde. Dit heeft A-G Biegman geïnspireerd tot een – kennelijk aan het adres van de advocaat van eiser tot cassatie gerichte – elementaire uiteenzetting van het onrechtmatige-daadrecht. Met het middel, verstaan als zojuist verwoord,⁶⁶⁷ heeft ook zij begrijpelijkerwijs mocite. Er is, zo parafraseer ik, geen inbreuk omdat de val op de duw volgde.⁶⁶⁸ Sterk kan dat betoog nauwelijks heten.

Ook de Hoge Raad heeft moeite met deze schijnbaar eenvoudige rechtsvraag.⁶⁶⁹ Hij omzeilt geheel de inbreukvraag, maar spitst de zaak toe op de feiten en de – door de Hoge Raad geherformuleerde – kwalificatie daarvan door het Hof. Sprake zou zijn van een 'ongelukkige samenloop van omstandigheden' en daarmee valt het doek. Maar waarom nu eigenlijk? Ontbreekt de onrechtmatigheid? Of misschien de schuld? Het blijft geheel in het ongewisse.

Eenzelfde geest ademt het bushalte-arrest.⁶⁷⁰ Bij een bushalte staat de 73-jarige mevrouw Guyt te wachten. Toen de bus arriveerde werd de toegang versperd door mevrouw Bey, die afscheid nam van haar dochter. Gevraagd of zij de vrije toegang tot de bus mogelijk wilde maken, stapt Bey, zonder achterom te

666. Formulering A-G Biegman-Hartogh, conclusie voor NJ 1986, 780 onder 1.

667. Ook de AG was bereid het aldus te lezen: conclusie onder 4.

668. Idem

669. HR 20 juni 1986, NJ 1986, 780.

670. HR 11 december 1987, NJ 1988, 394 (G).

kijken, achteruit, daarbij 'pardon' roepend. Door deze stap duwde ze tegen Guyt, die daardoor omviel en haar heup brak. Het ziekenfonds spreekt Bey, die een WA-verzekering heeft,⁶⁷¹ aan. Het Hof wijst de vordering af. Samengevat oordeelt het dat niet is gehandeld in strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid. Bey heeft niets onbetamelijks gedaan en de kans op een dergelijk ongeval was buitengewoon klein. In cassatie betoogt het ziekenfonds, in de welwillende lezing van A-G Asser, onder meer dat in strijd met een wettelijk voorschrift is gehandeld. De advocaat-generaal meent dat dit hem niet kan baten. Ook dan is een 'verwijtbaar gedrag' vereist. Hij plaatst deze opvatting, als ik het goed zie, in de uitleg van art. 25 WWV (oud),⁶⁷² zodat zij niet kan worden begrepen als een omhelzen van de leer Smits.

De Hoge Raad heeft het dit keer gemakkelijk. Alleen als Bey meer risico heeft genomen dan 'redelijkerwijs verantwoord' was, zou zij in strijd met de maatschappelijke betamelijkheid hebben gehandeld. Die situatie deed zich, gezien 's Hof's feitelijke vaststellingen, niet voor. Weer duikt op dat het ging om 'een ongelukkige samenloop van omstandigheden'.

Het arrest wordt door Brunner toegejuicht. Als voetganger mogen we ons gedragen als 'gewone mensen'.⁶⁷³ Meer in het algemeen acht hij het juist dat 'de HR paal en perk stelt aan de tendens om ter wille van slachtofferbescherming het begrip onrechtmatige daad steeds verder op te rekken'.⁶⁷⁴

Sprekend is ook het zwiepende tak-arrest.⁶⁷⁵ Gedurende een boswandeling schopt Werink tegen een tak, die terugzwiept en in het oog van Hudepohl terechtkomt. Dit oog gaat daardoor verloren. Het Hof wijst de vordering van Hudepohl toe. Wering heeft zonder noodzaak, en derhalve onrechtmatig, tegen de tak geschopt. Hij had rekening met Hudepohl's aanwezigheid moeten houden. Het arrest wordt gecasserd. De maatstaf moet luiden:

'dat niet de enkele mogelijkheid van een ongeval, als verwezenlijking van aan een bepaald gedrag inherent gevaar, dat gedrag on-

671. Zie conclusie A-G Asser onder 1.4.

672. Conclusie onder 2.8 en noot 9.

673. Noot onder 1.

674. Idem onder 3.

675. HR 9 december 1994, RvdW 1994, 271.

rechtmatig doet zijn, maar dat zodanig gevaarscheppend gedrag slechts onrechtmatig is indien de mate van waarschijnlijkheid van een ongeval (het oplopen van letsel door een ander) als gevolg van dat gedrag zo groot is, dat de dader zich naar maatstaven van zorgvuldigheid van dat gedrag had moeten onthouden.'

Omdat onvoldoende feiten vaststaan om, met toepassing van deze maatstaf, te oordelen dat onrechtmatig was gehandeld bekrachtigt de Hoge Raad het afwijzende Rechtbankvonnis. Wat er van deze maatstaf en de wijze waarop hij wordt gehanteerd ook zij, dogmatisch plaatst de benadering van de Hoge Raad ons voor problemen. Onvoldoende feiten zijn gesteld voor de onrechtmatigheid. Maar waarom zou deze alleen gelegen kunnen zijn in handelen in strijd met de maatschappelijke betamelijkheid? Waarom kwam – eventueel met toepassing van art. 48 Rv – inbreuk op een recht niet in aanmerking?

In deze reeks past gedeeltelijk⁶⁷⁶ nog het arrest over de buitenissige gebeurlijkheden in het tweesterrenrestaurant Inter Scaldes. Ontdaan van de – door de Hoge Raad breed uitgemeten⁶⁷⁷ – franje ging het om het volgende. Taams gebruikte met De Brey een uitgebreid middagmaal in dit restaurant. De heren keurden de ene drank na de andere af; ook werd een oester beneden de maat bevonden. Toen de aanzienlijke rekening werd gepresenteerd kreeg de restaurateur Boudeling de indruk dat de heren wegliepen zonder te betalen. Teneinde dit te verhinderen greep hij Taams bij zijn jasje; daarop heeft Taams, zich omdraaiend, een beweging gemaakt waardoor Boudeling over zijn gezicht werd gekrabd. Vervolgens gaf Boudeling Taams een klap, waardoor laatstgenoemde met zijn hoofd tegen de voordeur terechtkwam en ernstig letsel opliep. Vaststond voorts dat de rekening wél was betaald. Doch volgens Boudeling was het geld onzichtbaar onder een schoteltje gelegd; Taams ontkende dat.

Het Hof had geoordeeld – in de samenvatting van de Hoge Raad –

676. De eigen-schuldredenering past er niet in. Toch ga ik ook daarop in.

677. Met G.E. van Maanen (NTBR 1996, blz. 64) meen ik dat het hier goeddeels gaat om volstrekt irrelevante feiten.

'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.' Doch, 'zelfs al zou de in beginsel bestaande onrechtmatigheid van de klap niet door het gedrag van Taams zijn opgeheven, (is) in elk geval de plicht van Boudeling tot vergoeding van de door Taams geleden schade geheel (...) vervallen, omdat de billijkheid dit wegens de uiteenlopende ernst van de gemaakte fout eist'.

Beide oordelen worden, als sterk met de feiten verweven, niet onjuist geoordeeld.⁶⁷⁸ Ook hier duikt weer de ongelukkige samenloopdoctrine op. Het was niet zozeer de kracht van de klap, 'maar de combinatie van de klap met het feit dat Taams daardoor ongelukkigerwijs tegen de deur van het restaurant is gevallen' dat het letsel optrad.

De uitkomst en de wijze waarop deze wordt bereikt spreken geenszins voor zich.⁶⁷⁹ Onduidelijk is waarom het niet op de weg van de houder van een tweesterren-restaurant zou liggen om, juist gezien de voorgeschiedenis, onder het schoteltje te zoeken naar betaling. Ook waarom het een 'ongelukkige' samenloop van gebeurtenissen is dat een persoon die zéér veel alcohol heeft gedronken, onder de gegeven omstandigheden, na een klap, ten val komt. Volstrekt duister is waarom de door Taams gemaakte 'fout' zó ernstig zou zijn dat deze moet leiden tot volledig verval van de aanspraak. Zeker wanneer het vaststaande feit dat was betaald in aanmerking wordt genomen, behoeft dat toelichting, welke niet alleen ontbreekt, maar dic nauwelijk valt te geven.⁶⁸⁰ Hoe dat zij, de Hoge Raad heeft blijkbaar naar het resultaat toe willen werken, daarbij weer de eerder genoemde 'doctrine' impliciet noemend.

678. HR 31 maart 1995, RvdW 1995, 83.

679. Zeer kritisch is J.M. van Dunne, NJB 1995, blz. 1139/40. Hij vermeldt ook aanvullende feiten. Ook G.E. van Maanen laat zich uiterst kritisch uit. Z.i. zou der disgenoten 'patserige' gedrag geen genade hebben kunnen vinden in de calvinistische optiek van Hof en Hoge Raad (NTBR 1996, blz. 64).

680. Milder maar eveneens kritisch (over het Hof) A-G Koopmans, CRW 1995, 83 onder 12.

3.12.3 *Hoe kunnen de arresten worden verklaard?*

Van Dam gaat ervan uit dat de eerste twee arresten kunnen worden verklaard door 'de aard van de activiteit'. Het toebrengen van letsel in het voetgangersverkeer moet niet al te snel leiden tot aansprakelijkheid.⁶⁸¹ Ook een praktisch argument (geen floodgate van kleine vorderingen) zou een rol hebben kunnen spelen, zo voert hij aan.⁶⁸²

Het is goed mogelijk dat de zojuist genoemde gedachten de Hoge Raad hebben geleid. Dat geldt, althans volgens de arresten, ook voor de mate van waarschijnlijkheid. Maar dat argument kan nauwelijks als dragend worden ervaren, nu diezelfde factor op andere terreinen een veel minder pregnante rol speelt.⁶⁸³

Ik denk dat er een meer algemene reden is die deze en andere arresten kan verklaren. De Hoge Raad is kennelijk beducht voor het gemakkelijk aannemen van aansprakelijkheid van 'particulieren'.⁶⁸⁴ De persoon van de laedens lijkt hier een zéér zwaarwegende rol te spelen. Dat lijkt een krasse uitspraak. Maar op andere wijze kan moeilijk worden verklaard waarom slachtoffers van – soms zeer ernstige – letselschade, voor wier belangen de Hoge Raad op tal van andere terreinen terecht zoveel oog heeft, in deze gevallen met lege handen blijven.

Deze conclusie behoeft uiteraard een zekere nuancering, die haar jammer genoeg moeilijk grijpbaar maakt. Natuurlijk is het

681. C.C. van Dam, *Zorgvuldigheidsnorm en aansprakelijkheid*, diss. Utrecht 1989 blz. 113.

682. Idem. De uitwerking op blz. 242 loopt daarin vast dat bij grote(re) schade het slachtoffer ook zelf een deel van de schade voor eigen rekening moet houden. Van Dam lijkt dat over het hoofd te zien. Op blz. 201 wordt het argument in stelling gebracht, ongeacht de omvang van de vordering.

683. Eender Van Dam, a.w. blz. 113.

684. Behalve de vier hiervoor besproken arresten kan worden gewezen op HR 22 april 1994, NJ 1994, 624 (CJIB). Ook de elders besproken sport en speljurisprudentie past in dit beeld, dat wordt versterkt wanneer men daarbij HR 6 oktober 1995, RvdW 1995, 203 betreft. In dit laatste geval werd niet een particulier maar een vereniging aangesproken en werd op enigszins gekunstelde grond – die voor een particulier mijns inziens niet zou zijn ontwikkeld – aansprakelijkheid aangenomen. Bedacht dient te worden dat het Inter Scaldes-arrest in zoverre niet in mijn theorie past, dat het (strikt genomen) niet ging om een handelen buiten de hoedanigheid van beroep of bedrijf. Uit 3.14.6 vloeit voort dat voor handelen van bestuurders strengere regels gelden.

niet zo dat aansprakelijkheid van 'particulieren' in de ban is gedaan. Op een aantal terreinen blijft zij bestaan. Dat geldt bijvoorbeeld voor het verkeer. Maar buiten de van oudsher aanvaarde gevallen toont de Hoge Raad zich uiterst terughoudend om de sluizen te openen. Althans in die gevallen waarin sprake is van 'ongelukjes' of 'pech' die behoren tot de dingen des levens. Wanneer daarvan niet langer sprake is, bijvoorbeeld omdat een handeling wordt verricht die redelijkerwijs voorzienbaar ernstige gevolgen voor anderen teweeg kan brengen, lijdt de hoofdregel (geen aansprakelijkheid) uitzondering. Ook de normen in de betrokken 'subgroepen' zullen, in specifieke situaties, een rol kunnen spelen.⁶⁸⁵

De Hoge Raad moet zich in juridische bochten wringen om de zojuist bedoelde uitkomsten te kunnen bereiken. Waarom onrechtmatigheid of schuld ontbreekt is niet zelden een raadsel dat in vage nevelen gehuld blijft.⁶⁸⁶ Het college is bereid de dogmatiek – toch al niet meer in de mode – te offeren op het altaar van de ... daderbescherming! Zelfs dan wanneer de dader zich heeft verzekerd (zoals in het bushalte-arrest). Een ontwikkeling die ik niet toejuich. Hoezeer er ook iets voor te zeggen valt om particulieren te ontzien, mogelijk zelfs ten opzichte van benadeelden met letselschade, wanneer zij de schade niet voor eigen rekening hoeven nemen valt de rechtvaardiging voor terughoudendheid weg. De dogmatiek kan daarmee niet worden gered, maar billijke uitkomsten wel.

§ 3.13 Aansprakelijkheid op basis van redelijkheid

'In het recht betreffende de onrechtmatige daad (...) is een ingrijpende verschuiving van schuld- naar risico-aansprakelijkheid te constateren. Dit betreft niet alleen de aansprakelijkheid van de pleger van een onrechtmatige daad (afdeling 6.3.1) (...) Wat de dader zelf betreft kan worden gewezen op artikel 162 lid 3.⁶⁸⁷ Hartkamp, van wie dit citaat afkomstig is, gaat er blijkbaar van uit dat genoemde bepaling 'ingrijpende' gevolgen zal kunnen

685. Roelvink, a.w. blz. 333.

686. In vergelijkbare zin Roelvink, a.w. blz. 328 e.v.

687. A.S. Hartkamp, Mon. Nieuw BW A1, 2e, niet als zodanig vermelde, druk, nr. 19 blz. 59.

hebben. Daarvan zou sprake zijn wanneer in meer dan incidentele gevallen risico-aansprakelijkheden in het leven zouden worden geroepen. Ik sluit niet uit dat dit zal gebeuren. De hier te beantwoorden vraag is: valt een en ander ook dogmatisch te verklaren?

Nemen we het huidige stelsel, zoals dat door de wetgever is bedoeld, ernstig dan is in elk geval vereist dat onrechtmatig wordt gehandeld in de zin van art. 6:162 lid 2 BW.⁶⁸⁸ Daarvoor is voldoende dat aan één van de in dat lid genoemde criteria is voldaan. De gedachte wint veld dat de rechtspraak zich in andere zin ontwikkelt. En wel in die zin dat hetzij in het kader van art. 6:162 lid 3 BW⁶⁸⁹ dan wel door toepassing van de leer Smits – die een correctie vormt op lid 2 – steeds aan de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer betaamt dient te worden getoetst. Kortheidshalve verwijs ik naar 3.8.2.

Deze dogmatische strijd is voor het hier beschreven onderwerp niet zonder betekenis. Het is, logisch gesproken, niet goed denkbaar dat wél onbetamelijk wordt gehandeld maar dat schuld ontbreekt.⁶⁹⁰ Substitueert men 'schuld', hetgeen in deze opvatting in feite maatschappelijke onzorgvuldigheid betekent, door risico op grond van toerekening naar verkeersopvattingen, dan wordt *in feite* de onrechtmatigheid als vereiste geëcarteerd. Dan kunnen risico-aansprakelijkheden op maat worden gesneden, telkens wanneer de rechter dat aangewezen acht. In die benadering zou Hartkamp zeer wel gelijk kunnen hebben. Doch de wetgever heeft dit zeker niet zo bedoeld, al is dat – zeker na verloop van tijd – uiteraard niet beslissend.

Deze dogmatische kwestie blijft hier verder rusten. Ik heb er elders uitvoeriger aandacht aan besteed,⁶⁹¹ doch vermeld dat de theorie weinig navolging heeft gevonden.⁶⁹² Hier is voldoende te constateren dat het, als men per se wil, *mogelijk* is om aansprakelijkheid in het leven te roepen, wanneer dat in de gegeven omstandigheden (onmiskkenbaar) billijk voorkomt.

688. Zie nader Onrechtmatige Daad (Jansen) art. 162 lid 2 aant. 3 en 67.

689. Zie Onrechtmatige Daad art. 162 lid 3 aant. 7.

690. Dat is anders wanneer men 'schuld' ziet als een vrij inhoudsloos begrip, maar dan loopt men vast met de geciteerde opmerking van Hartkamp.

691. In: In het nu wat worden zal (Schoordijk-bundel) blz. 267 e.v.

692. Zie Onrechtmatige Daad art. 162 lid 3 aant. 2. Enigszins in de door mij voorgestane zin H.L.J. Roelvink, in C/JHB (Brunner-bundel) blz. 325 e.v.

Er is uiteraard een tweede weg waarlangs men hetzelfde resultaat kan bereiken: die der Etikettenschwindel. Niets belet een rechter een gedraging als onrechtmatig te bestempelen wanneer hij wil bewerkstelligen dat iemand aansprakelijk is. Naar gangbare inzichten gebeurt zulks steeds vaker. In nr. 3.9.4.2.1 en 3.9.4.3 werd daarvan al een aantal voorbeelden gegeven. Voor de overheidsaansprakelijkheid lijkt de stelling daarmee voldoende aanvaardbaar gemaakt. Ik zal trachten datzelfde te doen voor andere 'laedentes'.

De asymptotisch tot risico-aansprakelijkheid naderende rechtspraak inzake vernietigde beschikkingen sluit naadloos aan bij die ter zake van de tenuitvoerlegging van rechterlijke vonnissen die later worden vernietigd of die inzake beslaglegging waaraan later de titel komt te ontvallen.⁶⁹³ Niet ten onrechte wordt wel aangenomen dat de jurisprudentie niet goed past in ons op onrechtmatige daad geënte stelsel.⁶⁹⁴

Overigens biedt de rechtspraak een keur van voorbeelden waar de zorgvuldigheidsnorm in feite zó streng is, dat niet valt in te zien hoe bij strikte toepassing van het wettelijk stelsel aansprakelijkheid had kunnen worden aangenomen.⁶⁹⁵ Ik volsta met het noemen van een aantal vindplaatsen van gevallen waarin 'gevaar-zetting' aan de orde was⁶⁹⁶ en in het kader van het verkeer.⁶⁹⁷

Buiten art. 6:162 BW is ook de jurisprudentie inzake art. 185 WW (was art. 31) een duidelijke aanwijzing dat de Hoge Raad

693. Zie voor jurisprudentie Onrechtrechtmatige Daad art. 162 lid 3 aant. 43. Hetzelfde geldt voor kort gedingvonnissen die later in een bodemprocedure terzijde worden gesteld (idem aant. 44).

694. Aldus ook Heemskerk onder HR 16 november 1984, NJ 1985, NJ 547 en B.G.P. Rogmans, Mon. Nieuw BW A 20 nr. 60. Zie uitvoerig over deze materie A.A. van Rossum, Aansprakelijkheid voor de tenuitvoerlegging van vernietigde of terzijde gestelde rechterlijke beslissingen, m.n. blz. 21 e.v.

695. Zie ook Asser-Hartkamp III nr. 23.

696. HR 8 december 1989, NJ 1989, HR 27 mei 1988, NJ 1989, 29 (G), HR 1 oktober 1993, NJ 1995, 182 (CJHB) (door het veranderen van de feiten; zie Bb 1993 blz. 198), Rb. Almelo 5 november 1975, NJ 1977, 532, Hof 's-Hertogenbosch 1 mei 1981, NJ 1981, 671 (via vermoeden van schuld) en Rb. Zwolle 13 november 1991, NJ kort 1992, 4. Zie verder ook C.C. van Dam, Zorgvuldigheidsnorm en aansprakelijkheid blz. 192 e.v.

697. HR 11 november 1983, NJ 1984, 331.

er niet voor terugschrikt om, à la barbe de la loi, aansprakelijkheid in het leven te roepen.⁶⁹⁸

Betekent dit alles een pleidooi voor revolutie? Het antwoord luidt uiteraard ontkennend. Bij verdere uitbouw van het delictuele aansprakelijkheidsrecht zij men zeer voorzichtig. Steeds wanneer de verleiding opkomt om aansprakelijkheid in het leven te roepen die in feite is gebaseerd op rechtmatige daad stelde men zich de vraag wat de consequenties daarvan zouden kunnen zijn voor de lachdansen en voor andere gevallen.⁶⁹⁹ Vooral wanneer er een meer dan te verwaarlozen kans bestaat dat een lawine van claims zou kunnen volgen, ware aansprakelijkheid slechts voor toekomstige gevallen te aanvaarden. Een caveat dat, naar de ondervinding heeft geleerd, niet geheel overbodig is.⁷⁰⁰ Maar wanneer aan deze – zoals dat tegenwoordig heet – randvoorwaarden is voldaan is er weinig tegen om in werkelijk aansprekende gevallen⁷⁰¹ de hand te lichten met de dogmatiek of om Etiketschwindel te betrachten.

Vooralsnog is er weinig grond om te veronderstellen dat we het komende decennium zullen worden geconfronteerd met hemelschokkende aansprakelijkheden die in feite slechts op de billijkheid worden gebaseerd.^{702, 703}

§ 3.14 Bestuursaansprakelijkheid

3.14.1 Voorspel

In de vorige eeuw was de Hoge Raad zéér terughoudend met het

698. Gedacht kan worden aan het goeddeels wegpooien van de in art. 185 lid 1 expliciet genoemde overmacht voor kinderen tot veertien jaar (HR 31 mei 1991, NJ 1991, 721 CJHB). De Hoge Raad verwijst hier naar de bewoordingen van art. 6:162 lid 3 BW (rov 3.4).

699. Zie ook Asser-Vranken nr. 223.

700. Onder veel meer kan worden gedacht aan de rechtspraak inzake art. 31 (oud) VWW, waarmee op macro-schaal aanzienlijke bedragen zijn gemoeid.

701. Zie voor voorbeelden Asser-Hartkamp III nr. 92.

702. In het kader van aansprakelijkheid krachtens art. 7A:1638x BW heeft de Hoge Raad haar tweemaal afgewezen: HR 17 november 1989, NJ 1990, 572 rov 3.4 en (iets minder expliciet) HR 22 maart 1991, NJ 1991, 420 rov 3.3. Ook Hof 's-Gravenhage 26 januari 1995, NJ 1995, 442 wil er kennelijk niet van weten (rov 8).

703. Zie ook Onrechtmatige Daad, art. 162 lid 3 aanl. 37.

aannemen van persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders van vennootschappen.⁷⁰⁴ In 1927 verlaat de Hoge Raad de oude leer.⁷⁰⁵ Het college overwoog toen:

'dat (...) de bestuurders geenszins daarnevens (d.i.: naast de vennootschap, JS) persoonlijk aansprakelijk zullen zijn, omdat, hetgeen zij als bestuurders hebben verricht, ook al heeft dit tengevolge dat het door hen vertegenwoordigd lichaam geacht moet worden eene onrechtmatige daad te hebben gepleegd, niet steeds van dien aard is dat zij daardoor geacht kunnen worden persoonlijk eene onrechtmatige handeling te hebben gepleegd, maar dat ten deze zulk eene onrechtmatige daad wél aanwezig is.'

In het onderhavige geval ging het om de bestuurders die – tegen beter weten in, althans beter moettende weten – derden hadden bewogen om a pari aandelen in een door hen bestuurde vennootschap te nemen, terwijl de waarde daarvan hooguit 15% was. De meer gangbare opvatting lijkt te zijn dat het arrest uit 1927 nog steeds in essentie het geldend recht weergeeft.⁷⁰⁶ Inmiddels komt ook in boek 2 BW een aantal bepalingen inzake de aansprakelijkheid van bestuurders voor. Deze blijven hier rusten.⁷⁰⁷ Datzelfde geldt voor de verhouding daarvan ten opzichte van de hier wél besproken aansprakelijkheid krachtens art. 6:162 BW.⁷⁰⁸

3.14.2 De jurisprudentie tussen 1950 en 1990

In de periode tussen 1950 en 1990 heeft de Hoge Raad enkele malen de gelegenheid gehad zich over de persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder uit te laten.

In 1958 grondt hij haar op de zorgvuldigheid welke de bestuurder 'persoonlijk naar verkeersnormen' in acht moet nemen. Het heeft er de schijn van dat hier de benadering van het arrest van

704. Zie Asser-Hartkamp III nr. 261 en A-G Besier, voor HR 25 november 1927, NJ 1928, 364 (PS), ook voor verdere vindplaatsen.

705. HR 25 november 1927, NJ 1928, 364 (PS).

706. Aldus kennelijk H. de Groot, Bestuurdersaansprakelijkheid blz. 119, Asser-Hartkamp III nr. 262, Onrechtmatige Daad (Oldenhuis) art. 172 aant. 83.

707. Zie voor nadere gegevens: De Groot, a.w., deel I en L. Timmerman, TVVS 1991 blz. 197 e.v.

708. Zie F.M.J. Verstijlen, A&V 1994 blz. 7 e.v.

1927 wordt verlaten. Thans wordt overwogen dat het feit dat de vennootschap aansprakelijk is 'geenszins' een belemmering vormt om de bestuurder ook persoonlijk aansprakelijk te achten.⁷⁰⁹ In 1961 noemt de Hoge Raad het 'lichtvaardigheid'-criterium,⁷¹⁰ doch niet duidelijk is of dit in algemene zin een vereiste is, of veeleer voor het beslechte geval.

Een wezenlijk strengere regel voor bestuurders vinden we in een arrest waarin het ging om een werknemer, die enkele vingers was kwijtgeraakt bij een arbeidsongeval. Een lot dat enkele anderen kort daarvoor bij dezelfde werkgever eveneens had getroffen. Aangenomen mag worden dat deze omstandigheden en het feit dat de (oorspronkelijke) werkgever failliet was gegaan,⁷¹¹ de Hoge Raad niet mild stemde ten aanzien van de bestuurder. Kennelijk als algemene regel voor arbeidsongevallen leert de Hoge Raad dat weliswaar 'als uitgangspunt' schuld is vereist, maar dat een strafrechtelijke veroordeling wijst op 'persoonlijk verwijt'. Dán zal de aangesprokene *afwezigheid* van schuld moeten stellen en bewijzen.⁷¹²

De jurisprudentie heeft in deze periode vooral betrekking op de vraag of een bestuurder persoonlijk kan worden aangesproken ingeval jegens derden verplichtingen zijn aangegaan, waarvan op dat moment bekend was of had moeten zijn dat deze niet zouden kunnen worden nagekomen. Dienaangaande wordt beslissend geacht of de bestuurder bij het aangaan van de overeenkomst wist of redelijkerwijs behoorde te begrijpen dat de vennootschap niet aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen.⁷¹³

3.14.3 *Aanscherping van de aansprakelijkheid in de negentiger jaren?*

De positie van de bestuurder is geconsolideerd in 1994 in geval van niet-betaling door de vennootschap. Zelfs als hij enig direc-

709. HR 31 januari 1958, NJ 1958, 251 H. Kingma Boltjes.

710. HR 22 december 1961, NJ 1962, 43 (IIB). Zie vooral ook de noot onder 2.

711. Zie conclusie A-G Biegman-Hartogh, 1e alinea.

712. HR 15 oktober 1982, NJ 1984, 21 (FHJM) rov 3.3. Ook in Asser-Van der Grinten I, 7e druk, wordt erop gewezen dat dit arrest vermoedelijk geen algemene strekking heeft: nr. 179.

713. IIR 6 oktober 1989, NJ 1990, 286 (Ma). Zie voor andere voorbeelden Onrechtmatige Daad art. 172 aant. 86 en De Groot, a.w. blz. 120 noot 439.

teur/aandeelhouder is, is dat op zich geen grond om de bewijslast van de wetenschap dat nakoming door de vennootschap bezwaarlijk kon worden verwacht om te draaien. Dat is anders als aannemelijk is dat de vennootschap ten tijde van het aangaan van de overeenkomst 'niet, althans niet in voldoende mate over financiële middelen beschikte om aan haar verplichtingen uit die overeenkomst te voldoen'.⁷¹⁴

Op ander vlak is zijn positie in 1992 verder onder vuur gekomen. Indien de niet-betaling het gevolg is van onwil aan de kant van de bestuurder, zal hij aannemelijk moeten maken dat de vennootschap niet kan betalen. Bovendien brengt die enkele omstandigheid niet mee dat er *dus* geen sprake is van onwil. Vervolgens wordt overwogen dat:

'niet uitgesloten is dat degene die de volledige zeggenschap over de vennootschap heeft, jegens de betreffende schuldeiser onrechtmatig handelt door na te laten ervoor te zorgen dat van deze mogelijkheden (een bestaande of te verkrijgen kredietfaciliteit) gebruik wordt gemaakt.'⁷¹⁵

Moeilijke interpretatievragen levert het zogeheten Officier van Justitie-arrest op.⁷¹⁶ De Maastrichtse Officier van Justitie Van Hilten besloot om contact tussen de in verzekering-gestelde M en diens advocaat te beletten. Daarvoor was geen wettelijke basis aanwezig, doch ten tijde van het nemen ervan was daarover twijfel mogelijk. M vordert van de Staat en Van Hilten vergoeding van de door zijn advocaat in rekening gebrachte kosten om het contact weer te herstellen. De onzekerheid over de uitleg van de betrokken bepaling komt in de zin van art. 6:162 lid 3 BW voor rekening van de Staat. Dat ligt anders ten opzichte van Van Hilten:

'Wanneer een orgaan van de overheid zich bij de uitoefening van de hem als zodanig opgedragen taak onrechtmatig gedraagt door zijn wettelijke bevoegdheden te overschrijden, zal deze gedraging slechts aan hem persoonlijk kunnen worden toegerekend indien zij aan zijn schuld is te wijten, dat wil zeggen: wanneer, gelet op de

714. HR 10 juni 1994, NJ 1994, 766 (Ma). Zie nader ook A&V 1994 blz. 126.

715. HR 3 april 1992, NJ 1992, 411 (Ma).

716. HR 11 oktober 1991, NJ 1993, 165 (CJHB en C).

omstandigheden van het geval, hem persoonlijk een verwijt kan worden gemaakt.'

Het arrest zou zo gelezen kunnen worden dat voor persoonlijke aansprakelijkheid slechts een (licht) persoonlijk verwijt van het orgaan (de bestuurder) vereist is.⁷¹⁷ Als dat zo zou zijn, dan zou het vermoedelijk een breuk betekenen met de oude opvatting. Weliswaar is deze nimmer geheel helder geweest, maar het leek erop dat zekere eisen aan het verwijt moesten worden gesteld. Dat ligt ook voor de hand. Rechtspersonen zijn er niet voor niets. Deze vervullen een alom als nuttig ervaren rol; de daaruit voortvloeiende beperking van aansprakelijkheid wordt als zinvol beschouwd,⁷¹⁸ ook voor bestuurders. Ieder bestuur bergt risico's in zich. Wanneer de – vaak aanwezige en niet zelden ook meegewogen – kwade kansen zich manifesteren, behoort dat geenszins zonder meer te leiden tot persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder. In de literatuur wordt veelal ook terughoudendheid bepleit bij het aanvaarden van persoonlijke aansprakelijkheid.⁷¹⁹ Voor de huidige tijd is van belang welke consequenties een en ander heeft voor vrije beroepsbeoefenaren die zich in 'BV-vorm' hebben gehuld.⁷²⁰

Tegen deze opvatting dat voorzichtigheid past bij ruime bestuurdersaansprakelijkheid wordt wel aangevoerd dat aldus een onevenwichtigheid zou ontstaan ten opzichte van 'lagere werkne-

717. In die zin S.C.J.J. Kortmann, in AA-noot 1992 blz. 797 en T. Hartlief en F. Oldenhuis, NTBR 1993 blz. 20/21. Hun betoog is evenwel niet geheel consistent. Vergelijk hetgeen onder 3 en 4 te berde wordt gebracht. Brunner leest het arrest zo, dat juist een vrij zware vorm van schuld is vereist (NJ-noot onder 4). Zijn betoog is juist, ingeval men zou aannemen dat Officiëren van Justitie en anderen steeds een juridisch onderzoek doen. Maar aangenomen mag worden dat die opvatting enigszins utopisch is. In de praktijk van alledag worden allerlei handelingen verricht 'op hoop van zegen', niet zelden zelfs zonder dat men zich realiseert dat zich een probleem zou kunnen voordoen. Tegen die achtergrond bezien is op zijn stelling wel een en ander af te dingen. Bovendien is rov 3.4 niet geheel duidelijk.

718. Eender A. van Hees, in: Financiering en aansprakelijkheid blz. 3.

719. Asser-Van der Grinten, a.w. nr. 179, Van Hees, a.w. blz. 4, P. van Schilfgaarde, Van de BV en de NV, 9e druk, blz. 139. Vergelijk P. Sanders/W. Westbroek, BV en NV, 6e druk, blz. 171 (de onrechtmatige daad speelt alleen in 'spectaculaire gevallen').

720. F.H.A. Arisz betoogt wel wat gemakkelijk dat zulks geen deugdelijk alternatief zou zijn: *pradvies* NJV 1987, blz. 52.

mers'.⁷²¹ De tegenwerping is sterk, maar zou mijns inziens toch geen doel mogen treffen. De oplossing ware veeleer te zoeken in de wijziging van de moeilijk te verdedigen – en ook niet goed in de huidige tijd passende⁷²² – volledige aansprakelijkheid van werknemers. Doch afschaffing of beperking daarvan vereist dat ook art. 6:170 BW wordt aangepast. Het is niet realistisch dat te verwachten. Dat zo zijnde mist goede grond om een niet wenselijk geachte persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders te aanvaarden, louter en alleen met een beroep op het 'gelijkheidsbeginsel'. Werknemers zouden daar ook niet beter van worden.

Is het zinvol een onderscheid te maken tussen overheid en andere rechtspersonen? Een bevestigend antwoord is niet aanstands onverdedigbaar. Het hanteren van een ruime persoonlijke aansprakelijkheid bij overheidsorganen is een slag in de lucht⁷²³ omdat de overheid zelf steeds kan betalen. Maar het kan ook weinig kwaad.⁷²⁴ Dat ligt anders bij bedrijven. Daar kan het in rechte betrekken van een bestuurder nuttig zijn, vooral ingeval de onderneming geen verhaal biedt.⁷²⁵ Doch deze omstandigheid, hoe belangrijk ook bezien vanuit de optiek van de benadeelde, is onvoldoende klemmend om ruime persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders te rechtvaardigen.⁷²⁶ In overeenstemming met de discussie over Vraagpunt 14 onder a in de discussie over de voorbereiding van het NBW, ware het bedoelde onderscheid niet te maken.⁷²⁷

721. Bijvoorbeeld T. Hartlief en F. Oldenhuis, NTBR 1993, blz. 20.

722. Vergelijk art. 6:170 lid 3 en art. 7A:1639da BW.

723. Vexatoire zo men wil. Misschien zelfs misbruik van recht.

724. Het zou daarom niet zinvol zijn om daarvoor de aansprakelijkheidsregel juist soepel te formuleren (in die zin dat een extra barrière voor het aannemen van aansprakelijkheid moet worden genomen), zoals in de lezing van Brunner lijkt te gebeuren (zie NJ-noot 1993, 165 onder 4). Zijn argument lijkt niet buitengewoon realistisch zolang de overheid de schade betaalt. Toch wordt wel gepleit voor soepelere regels voor overheidsfunctionarissen. Zie bijvoorbeeld Asser-Van der Grinten I, nr. 179. Kortmann t.a.p. en Hartlief en Oldenhuis, t.a.p. blz. 21.

725. Vergelijk Brunner onder NJ 1993, 165 sub 3.

726. Hartlief en Oldenhuis leggen wel nadruk op het argument, t.a.p. blz. 20.

727. Zie PG boek 6 blz. 708/710. Intussen is de vraag of de Hoge Raad in het Officier van Justitie-arrest op deze lijn zit. De vraag wordt ontkennend beantwoord door Van Hees, a.w. blz. 4. Zie verder ook Kortmann, t.a.p. blz. 796 e.v.

3.14.4 Bestuurdersaansprakelijkheid en bodemverontreiniging

Het recht volgt de maatschappelijke ontwikkelingen, zij het steeds op enige afstand. Het behoeft dan ook niet te verbazen dat het hier besproken onderwerp nieuwe impulsen heeft gekregen door milieu-aansprakelijkheid. Mede omdat een aantal 'vervuilers' blijkbaar insolvabel werd geacht, zijn op ruime schaal bestuurders aangesproken. Er zit geen duidelijke lijn in de veelheid van uitspraken. Hoewel het trekken van conclusies wegens de zeer feitelijke vragen niet eenvoudig is, is mijn indruk dat de rechtspraak – zeker voor het verleden – al betrekkelijk spoedig persoonlijke aansprakelijkheid aanvaardt.⁷²⁸ Van een beperking tot gevallen van ernstig verwijt lijkt niet vaak sprake.⁷²⁹ Of dat past in de lijn der jurisprudentie kan moeilijk worden aangegeven. Dat houdt verband met de onder 3.14.3 gesignalcerde interpretatievragen.

3.14.5 Zit er een lijn in de ontwikkeling?

Uit het voorafgaande vloeit voort dat bestuurdersaansprakelijkheid eerder wordt aangenomen dan in het verleden. De mate waarin deze verandering zich heeft voltrokken is nogal ongewis. Er zijn intussen weinig (concrete) aanwijzingen voor de stelling dat een bijzondere vorm van 'schuld' vereist is.

Het is verleidelijk daaruit de conclusie te trekken dat aansprakelijkheid thans te ver zou gaan. Bezien vanuit theoretisch perspectief is daarvoor wel een en ander te zeggen. Op het stuk der milieu-aansprakelijkheid is het naar mijn mening ook feitelijk zo. In een aantal gevallen wordt zij té lichtvaardig aangenomen.

728. Zie ook mijn bijdrage in *Milieu & Recht* 1992 blz. 131 e.v., waar een voorzigtiger conclusie werd getrokken. Latere jurisprudentie noopt tot bijstelling daarvan. Zie: Rb. Rotterdam 24 juli 1992, *Handboek Milieuaansprakelijkheid* (Jurisprudentie) nr. 32, Rb. Almelo 2 december 1992, idem nr. 39, Rb. Almelo 17 november 1993, idem nr. 59, Rb. Zwolle 19 januari 1994, idem nr. 63, Rb. 's-Hertogenbosch 10 maart 1995, idem nr. 82 en Rb. Assen 18 april 1995, idem nr. 84. Zie verder ook B. Wessels, in: Artikel 21 Interimwet bodembescherming (Vereniging voor Milieurecht 1990-5) blz. 76 e.v., *Handboek Milieu-aansprakelijkheid* (Koster) A2200 en *Onrechtmatige Daad* art. 172 aant. 87.

729. Min of meer in die zin Hof 's-Hertogenbosch 3 november 1993, TMA 1994, blz. 83 e.v.

Op andere terreinen kan niet worden gezegd dat de *uitkomst* van de geschillen onbevredigend is, wat er van de onderbouwing ook zij.

3.14.6 Wat is de verklaring voor de gesignaleerde trend?

Op het stuk van milieuverontreiniging is niet onwaarschijnlijk dat de aard van de gedraging en van de schade een rol speelt. Daarbij moet worden bedacht dat niet eenvoudig is nauwkeurig onder woorden te brengen wat met het eerste wordt bedoeld. Het gaat hier om allerlei handelingen ten gevolge waarvan vormen van afval in het milieu zijn geraakt. Van betekenis zal denkkelijk ook – en misschien zelfs vooral – zijn dat betrokkenen zich bewust waren, althans hadden moeten zijn, van de ernstige gevolgen voor het milieu. Anders gezegd: de factor voorzienbaarheid. Daarbij verdient nog opmerking dat het er de schijn van heeft dat de jurisprudentie van de afgelopen jaren soms de inzichten van het heden op het verleden heeft toegepast. Zulks in strijd met het geldend recht.⁷³⁰

Ook op andere gebieden lijkt de voorzienbaarheid der schade troef. Dat aansprakelijkheid van een 'particulier' in geding is, doet daaraan blijkbaar niet af. Is dat tegenstrijdig met de in 3.12.3 geschetste ontwikkeling? Het antwoord luidt vermoedelijk ontkennend, maar noopt wel tot precisering van hetgeen daar is betoogd. Niet, althans niet in de eerste plaats, de persoon van de laedens ('particulier' of niet) lijkt een belangrijke rol te spelen, maar veeleer de hoedanigheid.⁷³¹ In zoverre valt een parallel te ontwaren met het contractenrecht, waarin zodanig onderscheid ook wordt gemaakt.⁷³²

730. Zie 3.8.4.1.

731. Aldus opgevat is ook het in 3.12.2 besproken InterScaldes arrest te verklaren.

732. Vgl. bijvoorbeeld art. 6:236, 6:237 en 7:5 lid 1 BW. Een deel van de door R.P.J.L. Tjittes, *De hoedanigheid van contractspartijen*, diss. Groningen 1994, gemaakte opmerkingen heeft ook betekenis voor het delictuele aansprakelijkheidsrecht. Zie vooral blz. 246 e.v.

B. Capita schadevergoeding

§ 3.15 De berekening van de schade

De wijze waarop schade wordt berekend pleegt in ons land nogal stiefmoederlijk te worden bedeed.⁷³³ Toch is het een belangrijk probleem. Daaruit worden hier twee onderwerpen gelicht waarmee aanzienlijke bedragen gemoeid zijn.

Door bouwwerkzaamheden werd een aantal panden van Van Schravendijk beschadigd. In een deel daarvan oefende hij zijn advocatenkantoor uit. De herstelkosten overtroffen de waardevermindering met meer dan 100% (oftewel ruwweg f 500 000). Inzet van de procedure was of Van Schravendijk aanspraak kon maken op de herstelkosten. De Hoge Raad oordeelt:⁷³⁴

‘In beginsel is er van uit te gaan dat de eigenaar van een gebouw dat onrechtmatig is beschadigd, aanspraak erop heeft in de gelegenheid te worden gesteld tot herstel. Zulk een herstel kan ook verantwoord zijn indien de daarmee gemoeide kosten het bedrag van de als gevolg van de toegebrachte schade opgetreden waardevermindering overtreffen. Of zulks het geval zal zijn, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval, waaronder de functie van de zaak voor de eigenaar – dient zij voor eigen gebruik (ter bewoning of ter uitoefening van een bedrijf of een beroep) of ter belegging –, de mogelijkheid om (...) elders een zaak te verwerven die voor wat betreft gebruiksmogelijkheden, ligging prijs en andere relevante factoren als gelijkwaardig aan de zaak – in onbeschadigde toestand – kan worden beschouwd, alsmede de mate waarin de kosten van herstel in de oude toestand het bedrag van de waardevermindering overtreffen.’

Het onderhavige, nogal aanzienlijke, verschil was niet groot genoeg om de hoofdregel te doorbreken. Uit het verzekeringsrecht, waar deze materie bekend staat onder het slagwoord indenniteitsbeginsel, is genoegzaam bekend dat dit soort geschillen veelvuldig voorkomen.⁷³⁵ Daarom mag worden aangenomen

733. Een recente uitzondering vormt J.M. Barendrecht en H.M. Storm (red.), *Berekening van schadevergoeding*.

734. HR 1 juli 1993, NJ 1995, 43 (CJIIIB).

735. Zie, ook voor verdere gegevens, *Bijzondere Contracten XI* (Van Huizen en Verschoof) art. 246 nr. 49a.

dat dit arrest wezenlijke financiële repercussies kan hebben. Hoe ver deze strekken staat of valt met de reikwijdte van de beslissing. Ik ben geneigd het ervoor te houden dat de regel niet beperkt behoeft te zijn tot onroerende zaken.⁷³⁶

Een verwant probleem is de aantasting van natuurgebieden. Daarover behelst de MvT op het wetsontwerp gevaarlijke stoffen een belangwekkende passage:

Afdeling 6.1.10 'eist voor vergoeding van dergelijke schade niet dat het gaat om een nauwkeurig herstel in de vorige toestand, hetgeen ook niet altijd mogelijk zal zijn. Te denken valt derhalve mede aan voorzieningen die in een aangetast natuurgebied andere, eveneens aantrekkelijke planten en dieren een kans geven of die het betreffende terrein een andere vergelijkbare recreatieve bestemming kunnen geven. Daarbij wordt ook niet de eis gesteld dat de kosten beneden de marktwaarde van de betreffende grond moeten blijven.'⁷³⁷

Volledigheidshalve stip ik nog aan dat voor de praktijk van aanzienlijk belang is de vraag of bij verhaal van de kosten van bodemsanering kan worden uitgegaan van het beginsel van multifunctionaliteit. Naar geldend recht zal het antwoord vermoedelijk bevestigend luiden, terwijl dit voor de inwerkingtreding van de wijziging van de Wet bodembescherming enigszins omstreden was.⁷³⁸ Toepassing van deze norm op oude gevallen is een niet te onderschatten verandering van de omvang der aansprakelijkheid. Een 'vervuiler' heeft daarmee destijds nimmer behoeven rekenen, hetgeen voor de hand ligt in een periode waarin men overspannen gedachten koesterde over het vermogen van de grond om afval te herbergen.⁷³⁹

736. Kennelijk eender Brunner in zijn NJ-noot. Zie voorts Barendrecht c.s., a.w. blz. 43 en mijn annotatie in NTBR 1994 blz. 62/3.

737. MvT w.o. 21 202 nr. 3 blz. 19. Zie nader ook P.A. Kottenhagen-Edzes, Onrechtmatige Daad en milieu, diss. Rotterdam 1992 blz. 63 c.v. en Barendrecht c.s., a.w. blz.105 c.v.

738. Zie nader Handboek Milieu-aansprakelijkheid (Schippers) D 1200-14 c.v. Zie voor de jurisprudentie onder het regime van art. 21 IBS idem Jurisprudentie nr. 22, 26, 39 en 84.

739. Zie nader 3.8.4.2.

§ 3.16 De buitengerechtelijke kosten

Naar luid van art. 6:96 lid 2 BW heeft de benadeelde aanspraak op verkrijging van de redelijke kosten ter verkrijging van voldoening buiten rechte. Aldus wordt het oude recht gecodificeerd.⁷⁴⁰ Toch is van belang bij deze materie stil te staan. Immers klagen vooral verzekeraars dat ten deze sprake is van aanmerkelijke kostenstijgingen. Vloeien deze voort uit wijziging van de rechtspraak of moeten ze veeleer op het conto van een ander claimgedrag worden geschreven?

Recente jurisprudentie heeft de grenzen inderdaad verlegd. Interne kosten kunnen voor vergoeding in aanmerking komen, wanneer zij redelijk zijn.⁷⁴¹ Niet geheel duidelijk is wat de regel inhoudt. Uit de parlementaire geschiedenis van art. 6:96 BW vloeit voort dat een dubbele redelijkheidstoets moet worden aangelegd: zowel het maken van de kosten als de omvang ervan moet redelijk zijn.⁷⁴² De Hoge Raad rept in dit verband, in het voetspoor van de wet, van 'voor zover zij redelijk zijn'. Of dat terugslaat op de omvang, het maken dan wel beide komt niet uit de verf.

In dit verband is voorts van belang of een benadeelde recht heeft op vergoeding van eigen kosten als daar zijn in de behandeling geïnvesteerde tijd en dergelijke meer. Als ik het goed zie, dan meent A-G Koopmans dat deze vraag moet worden onderscheiden van de juist genoemde:

'Men zal onderscheid moeten maken tussen interne kosten die iedere belastingplichtige maakt, eventueel naast de kosten van adviseurs of raadslieden, en de kosten die normaal als externe kosten vergoed zouden worden maar die de belastingplichtige intern kan houden omdat hij zelf deskundig is.'⁷⁴³

740. Zie voor het oude recht bijvoorbeeld HR 3 april 1987, NJ 1988, 275 (CJHB). Voor 1976 was de rechtspraak verdeeld. Zie conclusie van A-G Hartkamp voor dit arrest onder 9.

741. HR 1 juli 1993, NJ 1995, 150 (CJHB).

742. PG boek 6 blz. 337.

743. Conclusie voor HR 1 juli 1993, NJ 1995, 150 onder 13. F.Th.Kremer, A&V 1994 blz. 60, is hier minder zeker van.

Het Amsterdamse Hof meent dat dergelijke 'interne kosten' voor vergoeding in aanmerking komen.⁷⁴⁴

Hoe ver moet men gaan met het oprekken van het huidige stelsel? Zou ook de aangesprokene de buitengerechtelijke kosten van *verweer* vergoed kunnen krijgen? De kwestie is niet zo eenvoudig als op het eerste gezicht zou kunnen worden gedacht. Zou men menen dat het antwoord bevestigend luidt, dan zal moeten worden aangegeven waarop die gehoudenheid berust. Dat kan moeilijk iets anders zijn dan onrechtmatige daad. Maar het is wel een stap om het iemand zonder voldoende grond aanspreken in de sfeer van art. 6:162 BW te trekken. De financiële consequenties daarvan kunnen moeilijk worden overzien.⁷⁴⁵ Het lijkt weinig twijfel dat het niet lang meer zal duren voordat deze vraag aan de rechter wordt voorgelegd.

Bestaat een wanverhouding tussen kosten en het belang, dan zal dat meebrengen dat slechts een deel der kosten kan worden gevorderd.⁷⁴⁶ Een regel waar men op zich begrip voor kan hebben, doch die niet steeds tot billijke resultaten voert. Te voorkomen ware dat een debiteur van een luttel bedrag te gemakkelijk de dans ontspringt, simpelweg door niet te betalen.⁷⁴⁷

§ 3.17 Alternatieve causaliteit

3.17.1 *De DES-zaak*

In een toenemend aantal gevallen zal vaststaan, of is aannemelijk, dat schade is veroorzaakt door het onrechtmatig handelen van een of meer personen, terwijl niet kan worden aangetoond wie hunner haar tewegg heeft gebracht. Het gaat hier om de problematiek van de zogenaamde alternatieve causaliteit.

Zou een vordering stranden op de bewijsklippen, dan zou de benadeelde met lege handen blijven staan. De schadeveroorzakers zouden de dans ontspringen, alleen omdat geen van de be-

744. Hof Amsterdam 26 oktober 1993, A&V 1994 blz. 82, waarover in kritische zin Kremer, a.w. blz. 61.

745. Zie nader mijn uitwerking in A&V 1995 blz. 59/60.

746. IIR 9 december 1994, NJ 1995, 250, waarover R.P.J.L. Tjittes, A&V 1995 blz. 39/40. Zie verder Schadevergoeding (Bloembergen) art. 96 aant. 193.

747. Zie voor nadere uitwerking A&V 1995 blz. 55/6.

nadeelden het verband tussen zijn schade en een afzonderlijke laedens kan leggen. Dit wordt als onbevredigend ervaren. In het omstreden⁷⁴⁸ DES-arrest heeft de Hoge Raad zich over deze kwestie uitgelaten.⁷⁴⁹ Zoals bekend ging het om een groot aantal fabrikanten die het DES-preparaat in het verkeer hadden gebracht. Veronderstellenderwijs werd ervan uitgegaan dat dit onrechtmatig was gebeurd en dat het schade had berokkend bij een aantal dochters, wier moeders het middel hadden geslikt. Mede door het tijdverloop konden de gelaedeerden niet (meer) aangeven wie de producent was van het door ieder hunner moeders geconsumeerde produkt. Inde lacrimael?

De benadeelden kozen een aantal fabrikanten uit en spraken deze hoofdelijk aan; 'subsidiar' werd betoogd dat zij naar rato van hun marktaandeel aansprakelijk zouden zijn. Het Hof wees de vordering af. Zijn arrest wordt vernietigd. De Hoge Raad aanvaardt in een geval als dit hoofdelijke aansprakelijkheid. Van belang is hier vooral *waarom* hij tot dit resultaat komt. Het college beroept zich eerst (terecht) op de tekst en (ten onrechte⁷⁵⁰) op de strekking van art. 6:99 BW, dat avant la lettre werd toegepast. Het arrest vervolgt:

'Verder is belangrijk dat het door het hof aanvaarde stelsel tot een onaanvaardbaar resultaat leidt.'

In het stelsel van het Hof blijven 'de Des-dochters niettemin verstoken van een aanspraak op schadevergoeding als gevolg van de enkele omstandigheid dat zij niet kunnen aangeven van wie de Des-tabletten afkomstig waren, die hun moeders hebben gebruikt'.

748. Zie voor opgave van de literatuur Schadevergoeding (Boonekamp) art. 99 aant. 2. Binnenkort zal Akkermans uitvoerig op deze materie ingaan. Zie recentelijk ook A.J. Van, Onzekerheid over ouderschap en causaliteit, op vele plaatsen.

749. HR 9 oktober 1992, NJ 1994, 535 (CJHB).

750. Verwezen wordt naar de TM (PG boek 6 blz. 346). Het daar gegeven voorbeeld is in geen dele vergelijkbaar met de DES-zaak. De Hoge Raad lijkt over het hoofd te zien dat Meijers zijn toelichting grondt op het door *hem* gegeven voorbeeld ('Het ware in een dergelijk geval ...'). De Hoge Raad heeft wel onderkend dat de Toelichting niet uitdrukkelijk op dit soort gevallen ziet (zie rov 3.7.1), maar heeft er de verkeerde conclusie uit getrokken. Met klem van argumenten betoogt A-G Hartkamp dat art. 6:99 niet ziet op massaschades: conclusie onder 12. Meer in het bijzonder blijkt *niet* dat art. 6:99 BW in het teken van *slachtofferbescherming* staat. Het in de TM gegeven voorbeeld zou zo begrepen kunnen worden (idem blz. 346), maar het artikel ziet geenszins alleen op dergelijke gevallen. Zie de in de MvA II gegeven voorbeelden, idem blz. 347/8.

Voorts wordt het onbevredigend genoemd het risico van geldelijk onvermogen of het niet meer kunnen traceren van een of meer producenten te laten komen voor risico van de benadeelden. Aan een stelsel van marktaandeelaansprakelijkheid bestaat 'uit een oogpunt van slachtofferbescherming geen behoefte' want:

'Ook is bezwaarlijk dat de slachtoffers zoveel mogelijk producenten zullen moeten aanspreken (...).'

Zouden een of meer producenten niet onrechtmatig hebben gehandeld, dan staat dat aan toepassing van (de regel van) art. 6:99 BW op de andere niet in de weg.⁷⁵¹

Na al hetgeen over dit arrest al is opgemerkt kan hier met het volgende worden volstaan. De door de Hoge Raad reeds voor het oude recht aanvaarde regel was daarin tot het DES-arrest onbekend.⁷⁵² Zij is dat – uitgaande van het *wettelijk stelsel* – trouwens ook voor het huidige recht. Wanneer alle producenten onrechtmatig hebben gehandeld, is juist dat het geval te brengen is onder de letter. Mijns inziens niet onder de strekking, al was het maar omdat deze niet kan worden vastgesteld voor een situatie 'die destijds buiten het gezichtsveld (van) de wetgever heeft gelegen'.⁷⁵³ Noch onder de letter, noch ook onder de (beperkte) strekking is te brengen dat alle producenten hoofdelijk aansprakelijk zijn, wanneer niet ieder hunner onrechtmatig heeft gehandeld.⁷⁵⁴

751. Zie voor nuancering rov 3.7.6 in fine.

752. Eender Brunner, in NJ-noto onder 2, C.J.M. Klaassen en A.A. van Rossum, RM Themis 1994 blz. 5 e.v., L. Dommering-van Rongen, WPNR 6089 blz. 277/8. Ook voor R.J.B. Boonekamp was het bestaan ervan in 1990 kennelijk geen evidente zaak; zie zijn fraaie proefschrift *Onrechtmatige daad in groepsverband* volgens NBW blz. 209. Anders Jac. Hijma, AA 1993 blz. 127 (voor art. 6:99); ook waar het de toepassing op de DES-casus betreft is hij een andere opvatting toegedaan (blz. 127/8).

753. De Hoge Raad wijst daar in rov 3.7.1 met juistheid op.

754. Eender Klaassen en Van Rossum, a.w. blz. 7. Vergelijk Boonekamp, a.w. blz. 177. Anders Hijma, a.w. blz. 129 en Brunner onder 3. Reeds ver voor het arrest is J.H. Nicuwenhuis op deze materie ingegaan. Hij wil begrijpelijkerwijs de bewijslast voor de benadeelde verlichten, maar staat geen toepassing van art. 6:99 BW voor wanneer *vast staat* dat een van de producenten niet aansprakelijk is: preadvies Vereniging voor burgerlijk recht 1987 blz. 12/13.

Het arrest heeft potentieel draconische consequenties. De verzekeraarheid zou in geding kunnen komen. Immers zou iedere afzonderlijke producent aansprakelijk zijn voor de gehele markt, terwijl hij wordt belast met regres op andere producenten, indien en voor zover deze verhaal bieden.⁷⁵⁵ Moeilijkheden op dit terrein zijn zeker te verwachten wanneer het arrest, anders dan ik aanneem, mede voor andere gevallen zou gelden.⁷⁵⁶ Hoe men ook over het arrest moge denken, de Hoge Raad is in elk geval duidelijk over de ratio: slachtofferbescherming. Door-slaggevend lijkt te zijn dat sprake is van letselschade. Zo althans versta ik dit een en ander ten tonele gevoerde begrip. Daarom ook ben ik niet beducht voor een olievlekwerking van het arrest.⁷⁵⁷ Met name bestaat daarvoor geen vrees in die gevallen waarin iedere 'daad' slechts een deel van de schade heeft veroorzaakt.⁷⁵⁸

3.17.2 *Massaschade*

In dit verband nog enkele opmerkingen over het verschijnsel 'massaschade', waarover in het buitenland veel en in ons land betrekkelijk weinig is geschreven.⁷⁵⁹ Het gaat hier om een zodanig complex onderwerp dat een reeks van preadviezen eraan gewijd zou kunnen worden. Hier volstaat het volgende. Zoals reeds aangestipt, veroorzaken bepaalde gebeurtenissen in toenemende mate op grote schaal schade. Daarbij kan onderscheid worden gemaakt tussen plotselinge schade, als bijvoor-

755. AG Hartkamp had zeer terecht op dit aspect gewezen. Zie conclusie onder 11 en 17 e.v. Zie voor nadere beschouwingen ten deze mijn noot, NTBR 1992 blz. 195 e.v.

756. Aldus J.H. Wansink, 1993, 6 Int. I.R blz. 181.

757. Zie, ook voor verdere verwijzingen, J. Spier en C.H.W.M. Sterk, Aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen, blz. 22 e.v., zomede MvT w.o. 21 202 nr. 3 blz. 16.

758. Zie voor gegevens Schadevergoeding art. 99 aant. 4.

759. Zie nader Schadevergoeding (Bloembergen) art. 95 aant. 62, waaraan valt toe te voegen: E. Bauw, NJB 1995 blz. 622 e.v., N. Frenk, Kollektieve akties in het privaatrecht, diss. Utrecht 1994, alwaar ook veel rechtsvergelijkende gegevens, A.S. Hartkamp en M.M.M. Tillema, in: Netherlands reports to the fourteenth international congress of comparative law, 1994 blz. 51 e.v. en L. Dommering-van Rongen, Schade vergoeden door fondsvorming.

beeld een explosie⁷⁶⁰ en schade die het gevolg is van (soms langdurige) blootstelling aan bepaalde stoffen of produkten. Bij dit laatste kan worden gedacht aan voor de gezondheid schadelijke genees- of levensmiddelen en beroepsziekten.⁷⁶¹

In beide gevallen is de massaliteit een probleem. Dit is in elk geval gelegen in de afhandeling, maar niet zelden ook in de omvang van de totale schade. De verzekeringsdekking van de aansprakelijke zal al licht te beperkt zijn, terwijl geenszins als vanzelfsprekend mag worden aangenomen dat hij in staat zal zijn de totale schade te vergoeden. Dan ontstaan verdelingsproblemen, zeker wanneer niet alle benadeelden tijdig met hun schade bekend zijn.

Op verzekeringsvlak kunnen moeilijkheden rijzen. Bij beroepsziekten met een lange(re) incubatietijd en bij sluipende schades zal het vaak lastig en niet zelden onmogelijk zijn om nauwkeurig aan te geven wanneer zij zijn ontstaan. Aan welk verzekeringsjaar of welke verzekeringspolis zij moeten worden toegerekend is dan een slag in de lucht.⁷⁶² Dit probleem krijgt een aanzienlijk grotere dimensie bij massaschades. Mede afhankelijk van de benadering van het causaliteitsvraagstuk kan de consequentie heel wel zijn dat iedere opvolgende verzekeraar – ook wanneer hij een bedrijf slechts gedurende een korte periode heeft verzekerd – de gehele door dat bedrijf veroorzaakte schade moet dekken.⁷⁶³

Het heeft onmiskenbare voordelen om een praktische oplossing hiervoor te zoeken. Thans kan op basis van vrijwilligheid al het nodige worden bereikt. Maar voor de aansprakelijke en diens verzekeraar is dat alleen aantrekkelijk wanneer ten minste de grote meerderheid van de benadeelden bereid is daaraan mee te werken. Een werkelijk sluitende oplossing zal moeten komen van de wetgever. Het – traditioneel op verdragen gebaseerde –

760. Hartkamp en Tillema wijzen nog op een aantal vliegtuigrampen, a.w. blz. 53 e.v.

761. Terecht wijst Bauw crop dat het maken van dit onderscheid zin heeft. Bij wat hij noemt 'mass exposure accidents' ligt de zaak moeilijker, omdat de feitelijke en juridische vragen een meer individuele benadering eisen, a.w. blz. 625.

762. Zie nader Wansink, a.w. blz. 180.

763. Claims made-polissen lossen in elk geval dat probleem op. Zij voorkomen dat voor een en dezelfde verzekerde verschillende assuradeuren dekking moeten geven. Zie daarover nader 2.20.

vervoerrecht biedt ten deze de nodige aanknopingspunten.⁷⁶⁴ Toldien geldt dat 'the Dutch procedural system is not specifically fit for mass litigation (... which) could become an obstacle in future cases'.⁷⁶⁵

Een adequate regeling heeft als in het oog springend voordeel dat zij de efficiency bevordert en dat slachtoffers grosso modo⁷⁶⁶ beter vergoeding van de door hen geleden schade zullen krijgen. Er is ook een schaduwzijde. Het lijkt niet te vermetel te veronderstellen dat zij claims zal aantrekken van personen die thans wellicht terugschrikken voor de gevolgen van door hen alleen op touw gezette acties. Deze omstandigheid mag evenwel geen reden zijn om een passende regeling achterwege te laten.

§ 3.18 Winstafdracht

Art. 6:104 BW leek een fundament te schuiven onder vorderingen strekkend tot afgifte van onrechtmatig genoten winst. De hoop die bij 'benadeelden' gloorde is door de Hoge Raad spoedig de bodem ingeslagen. Met een zeer aanvechtbaar⁷⁶⁷ beroep op de wetsgeschiedenis leert de Hoge Raad dat het artikel zulks niet beoogt. Het zou gaan om een bevoegdheid van de rechter om de schade te begroten op de winst of een deel daarvan, zulks als een vorm van abstracte schadeberekening. Kennelijk is vereist dat de 'benadeelde' er niet wezenlijk beter van wordt. Is er geen schade, dan is voor toepassing van art. 6:104 BW geen rol weggelegd.⁷⁶⁸

Het arrest maakt nog duidelijk dat de – sterk uitgeholde – regel voor het oude recht slechts kan worden ingeroepen 'voor zover

764. N. Frenk suggereert aan te sluiten bij art. 320a e.v. Rv. (NTBR 1993 blz. 94). Terecht vermelden Hartkamp en Tillema erop dat niets erop wijst dat de wetgever ten deze iets wil ondernemen (a.w. blz. 67). Art. 320a e.v. Rv geldt niet alleen voor de scheepseigenaar. Zie bijv. art. 8:168o BW.

765. Hartkamp en Tillema, a.w. blz. 67.

766. Zij bergt ook het risico van vergroving in zich. Bauw wijst daar terecht op, a.w. blz. 628.

767. Brunner wijst er in zijn NJ-noot (1995, 421) op dat de wetsgeschiedenis 'hoogst onduidelijk' is. Zie verder Schadevergoeding (Deurvorst) art. 104 aant. 2. Mijns inziens is het beroep op de wetsgeschiedenis niet gegrond. Zie voor uitwerking NTBR 1994 blz. 89/90.

768. HR 24 december 1993, NJ 1995, 421 (CJHB).

dit artikel ook naar dat recht een goede maatstaf oplevert voor de reëel geleden schade'. Dat betekent vermoedelijk geen schokkende verruiming.

§ 3.19 Vergoeding van immateriële schade

3.19.1 *Inleiding*

Jarenlang leek er weinig beweging te zitten in de omvang van de smartegeldbedragen. Ook de kring der gerechtigden stond vast. Deze rust is de laatste jaren enigermate verstoord.

In het algemeen gesproken zijn de toegekende bedragen in ons land aan de lage kant. Bij gering letsel als kleine botbreuken en lichte hersenschudding lopen ze op tot f 2590; is het letsel licht, bijvoorbeeld ernstige vleeswonden met een ontsierend litteken, of niet gecompliceerde fracturen, dan is het maximum f 5135; bij matig letsel, waarbij valt te denken aan whiplash, gescheurde kniebanden, amputatie van een deel van een vinger, is f 13 239 de bovengrens; eenzijdige doofheid, ernstig inwendig letsel of een ernstige whiplash, kortom ernstig letsel, levert ten hoogste f 27 008 op; de volgende categorie, waartoe onder meer langere bewusteloosheid, langdurig niet-stabiele toestand op geestelijk gebied en functieverlies van een lichaamsdeel behoren, geeft maximaal aanspraak op f 51 610; verlies van spraakvermogen, arm, been of voet, blindheid aan beide ogen en andere vormen van zeer zwaar letsel leveren maximaal f 101 259 op, terwijl de ernstigste categorie aanspraak op hogere bedragen geeft.⁷⁶⁹

Op een aantal terreinen bestaat iure constituto verschil van mening. Zo bijvoorbeeld ten aanzien van de vraag of slachtoffers die in coma verkeren aanspraak op vergoeding hebben,⁷⁷⁰ de vraag of een minimale ernst van het lijden vereist is⁷⁷¹ en de betekenis van 'aantasting in de persoon'.⁷⁷² Hoewel het telkens gaat om interessante vragen, die voor de betrokkenen ook zeer

769. Smartegeld, Uitspraken van de Nederlandse rechter over de vergoeding van immateriële schade (1994), blz. 39/40. De genoemde bedragen zijn geïndexeerd tot 1993.

770. Zie voor gegevens Schadevergoeding (Dcurvorst) art. 106 aant. 10.

771. Idem aant. 13.

772. Idem aant. 30.

belangrijk zijn, lijkt de praktische betekenis vrij beperkt. Door verzekeraars wordt er niet over geklaagd en ook anderszins zijn er geen aanwijzingen dat ten deze moeilijkheden zijn gerezen of dreigen. Dat brengt mee dat behandeling hier achterwege kan blijven.

3.19.2 De hoogte der bedragen

Tot voor enkele jaren ging men ervan uit dat een bedrag van f 150 000 het maximum was dat ter zake van immateriële schade kon worden toegekend. Een veronderstelling die niet geheel juist was; ook voordien kwamen hogere bedragen mondjesmaat voor.⁷⁷³ In het AIDS-arrest⁷⁷⁴ is die grens aanzienlijk verlegd.

Het geval was bijzonder en leende zich daarom niet voor een principiële procedure. In het AMC werd de toen 57 jaar oude O ingespoten met een met AIDS besmette injectiespuit. Twee jaar later, ten tijde van 's Hoven arrest, had hij nog maar kort te leven (hetgeen verbaast, nu hij ruim een jaar later, toen de Hoge Raad arrest wees, kennelijk nog in leven was). Het gebeuren had voor O vreselijke gevolgen. Hij leefde steeds met de dood voor ogen. Niet alleen lichamelijk, maar ook geestelijk waren de consequenties ernstig. Zijn situatie schiep 'onvermijdelijk' een afstand met zijn gezin, terwijl hij sociaal steeds sterker geïsoleerd raakte. De verzekeraar van AMC achtte een bedrag van f 100 000 voor smartegeld voldoende en voldeed dat.

In kort geding vordert O een hoog voorschot. De President wees ter zake van niet-vermogensschade f 200 000 toe; het Hof bekrachtigt dit vonnis. Daartoe overwoog het dat het O overkomen letsel 'behoort tot de ernstigste gevallen waarin (lees:) smartegeld is toegekend'. Het verweer dat de rechtspraak voor zodanige gevallen een bovengrens van f 100 000 tot f 150 000 zou hanteren wordt verworpen omdat die bovengrens niet langer bestaat. Daartoe wordt verwezen naar twee eerdere gevallen

773. Zie bijv. Rb. Groningen, 8 juli 1988, VR 1990, 81, Smartegeld nr. 121; het bedrag (f 250 000) is wel zeer hoog in verhouding tot andere zaken; Rb. Middelburg 20 mei 1987, VR 1988, 52 (f 200 000). In een ander geval is f 150 000 toegewezen voor letsel dat moeilijk tot de ernstigste categorie kan worden gerekend: Kfr. Sneek 23 november 1988, VR 1989, 75, Smartegeld nr. 292;

774. HR 8 juli 1992, NJ 1992, 714.

waarin f 200 000 respectievelijk f 250 000 was toegekend. Voorts slaat het Hof acht op 'hetgeen thans volgens wet of rechtspraak in naburige landen geldt'. Het cassatieberoep wordt verworpen. Uitgangspunt is dat de vergoeding naar billijkheid moet worden bepaald.

'Hierbij moet in een geval als het onderhavige met name worden gedacht aan enerzijds de aard van de aansprakelijkheid en anderzijds de aard, de duur en de intensiteit van de pijn, het verdriet en de gederfde levensvreugde die voor het slachtoffer het gevolg zijn van de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust. Onder het verdriet is ook begrepen het verdriet dat het slachtoffer heeft doordat als gevolg van deze gebeurtenis zijn levensverwachting is bekort.'

De begroting in een individueel geval is in belangrijke mate overgelaten aan de feitenrechter. De Hoge Raad vervolgt dan:

'Het ligt in de rede dat de rechter bij zijn begroting let op de bedragen die door Nederlandse rechters in vergelijkbare gevallen zijn toegekend, daaronder begrepen de maximaal toegekende bedragen. Geen rechtsregel belet de rechter mede acht te slaan op de ontwikkelingen in andere landen met betrekking tot de toegekende bedragen, zij het dat deze ontwikkelingen niet beslissend kunnen zijn voor de in Nederland toe te kennen bedragen.'⁷⁷⁵

Door AMC was nog aangevoerd dat – mijn parafrase – de door het Hof genoemde gevallen niet vergelijkbaar waren. Dat betoog wordt afgedaan met de stelling dat het Hof met de vergelijking iets anders had bedoeld. Een redenering die mijns inziens sterk op het resultaat is gericht, zoals trouwens het hele arrest. Dat komt vooral tot uitdrukking aan het slot waar wordt benadrukt dat de hoogte, wat daarvan zij, 'voor verantwoording van het Hof moet blijven'.

Het arrest heeft aanleiding gegeven tot speculaties over aanmerkelijke verhogingen van de te betalen bedragen.⁷⁷⁶ Er bestond en bestaat naar mijn mening aanleiding voor die veronderstel-

⁷⁷⁵. Rov 3.3.

⁷⁷⁶. Zie nader Schadevergoeding art. 106 aant. 56 en daar genoemde literatuur.

ling. Het moge zijn dat de Hoge Raad kennelijk niet geheel gelukkig is met de uitkomst, het arrest is wel gewezen. Het biedt steun voor liberale rechters de bedragen verder op te schroeven. Binnen zeer ruime grenzen bestaat daartoe klaarblijkelijk de vrijheid.

Rckening moet worden gehouden met veel hogere bedragen dan de f 300 000⁷⁷⁷ die ingevolge het AIDS-arrest zijn toegewezen. Terecht geeft de Hoge Raad aan dat relevant zijn de duur en de ernst van het letsel.

Het moge hard klinken, maar in casu was O slechts kort aan zijn ernstige letsel blootgesteld, te weten: enkele jaren. Wanneer in een dergelijk geval een bedrag van f 300 000 aanvaardbaar is (want valt binnen de vrijheid van de feitenrechter), dan is, naar het mij voorkomt, een bedrag van ten minste het dubbele tegen cassatie bestand ingeval het slachtoffer een veel langer lijden tegemoet gaat. Ik spreek daarmee geen oordeel uit over de *wenselijkheid* daarvan, al moet mij van het hart dat lezing van de smartegelduitspraken wel eens doet verzuchten dat, gezien de aard van het letsel, de benadeelde er bekaaid afkomt.

Opmerking verdient nog dat 's Hoven rechtsvergelijking de toets der kritiek niet kan doorstaan. Zijn selectie is nogal willekeurig. Landen waar de toegekende bedragen zeer laag zijn worden niet vermeld.⁷⁷⁸ Voorts moet er nog op worden gewezen dat de Hoge Raad in dit kader aangeeft dat acht mag worden geslagen op de *ontwikkelingen* in andere landen. Dat is niet erg zinvol. Wanneer in alle landen het maximum tot voor kort f 1000 was en thans f 10 000 is dat een ontwikkeling, namelijk een vertienvoudiging. Maar het is geen begin van grond om de bedragen in ons land te verhogen.

Het arrest houdt nog een impliciet caveat in. In dit soort zaken moet men na een ongunstig arrest van het Hof zijn wonden likken. Het is niet juist, maar wel enigszins begrijpelijk dat de Hoge Raad O, die oog in oog met de dood stond, niet heeft willen confronteren met een vernietiging. Advocaten en verzekeraars kiczzen aan de Hoge Raad voor te leggen zaken beter uit!

777. Te weten: de al betaalde f 100 000 vermeerderd met de toegewezen f 200 000.

778. Zie voor gegevens C.C. van Dam, A survey of the settlements concerning the compensation for immaterial damage in the EC, met name blz. 41.

Tot op heden zijn de verwachtingen dat de bedragen aanzienlijk zullen stijgen niet uitgekomen.⁷⁷⁹ Of dat is te wijten aan terughoudendheid van de rechter, dan wel onbekendheid met de materie van letseladvocaten is onduidelijk. Opmerking verdient nog dat in vergelijkbare zaken aanmerkelijk lagere bedragen zijn toegewezen.⁷⁸⁰

Ook bij vergoeding van immateriële schade komen de gevolgen van eerdere ervaringen, die de omvang van de smart aanzienlijk hebben vergroot, voor rekening van de aansprakelijke.⁷⁸¹

In 2.14 bleek dat het verschijnsel *whiplash* in opmars is. Dat blijkt ook hier het geval. Maar, anders dan wel wordt gesuggereerd, dook het al in 1983 in de rechtspraak op.⁷⁸² Uit het overzicht in *Smartegeld* lijkt te volgen dat het eveneens onder andere benamingen voorkomt.⁷⁸³

3.19.3 Wanneer bestaat aanspraak op vergoeding?

Ten opzichte van het oude recht is het huidige BW iets genereuzer met betrekking tot de aanspraak op immateriële schadevergoeding.⁷⁸⁴ Schending van de persoonlijke levenssfeer kon, reeds onder het oude recht, aanspraak geven op immateriële schade-

779. In sommige zaken kan men daarover aarzelen, maar van een spectaculaire stijging is geen sprake. Vgl. bijv. Rb. Rotterdam 8 mei 1992, *Smartegeld* nr. 157; Hof Amsterdam 13 mei 1993, *Smartegeld* 282 (een 81 jarige vrouw die tot haar dood zes jaar later hulpbehoevend werd; f 40 000); Rb. Utrecht 17 juni 1993, *Smartegeld* nr. 301 (een 78 jarige man die volledig doof wordt; f 40 000). Op het gebied van ontslag uit dienstbetrekking lijkt wel sprake van een stijgende lijn, doch dat valt buiten het bestek van dit preadvies; zie *Smartegeld* nr. 743 e.v. 780. Ktr. Rotterdam 10 juni 1993, VR 1994, 120, *Smartegeld* nr. 427 (f 150 000) in een asbestose-zaak.

781. Rb. Arnhem 10 september 1992, NJ 1993, 278, zulks gezien de aard van de schade en van de aansprakelijkheid (rov 4.12). Mogelijk anders Rb. Haarlem 3 mei 1994, A&V 1994, 160 (JS, met kritiek op dit onderdeel; zie onder 5).

782. Zie *Smartegeld* nr. 354 en 355 (1983; f 5000); 380 (1983; f 25 000); 384 (1985; f 30 000); 358 (1986; f 5000); nr. 368 (1985; f 10 000); 381 (1989; f 25 000); 408 (1990; f 10 000); 382 (1991; f 25 000); 386 (1993; f 386).

783. Nr. 200 en 384 (1986); 371 (1988); 219 en 221 (1989); 229 en 390 (1991); 388 (1992) en 389 (1993).

784. Zie nader Schadevergoeding art. 106 aant. 3.

vergoeding, ook wanneer niet aan de voorwaarden van art. 1408 (oud) BW was voldaan.⁷⁸⁵

Niet verrassend is dat louter geestelijk letsel een vergoedingsplicht in het leven kan roepen.⁷⁸⁶ Vereist is dat sprake is van meer dan psychisch onbehagen of een zich gekwetst voelen.⁷⁸⁷ Zou dat anders zijn, dan zouden de sluizen ver open worden gezet, nu in het maatschappelijk leven allerlei gebeurtenissen zodanige gevoelens kunnen oproepen. Toch moet niet worden uitgesloten dat de komende jaren op dit terrein belangrijke ontwikkelingen zullen plaatsvinden. Foutieve fiscale aanslagen en daarop volgende beslagen, die grond blijken te missen, *kunnen* bijvoorbeeld zo'n vordering rechtvaardigen, aannemend dat ze werkelijk geestelijk letsel teweeg hebben gebracht.⁷⁸⁸

3.19.4 *Wie zijn tot smartegeld gerechtigd?*

Evenals het oud BW is het huidige wetboek niet scheutig op het stuk van de gerechtigden tot immateriële schadevergoeding. Als hoofdregel heeft te gelden dat alleen degene die zelf lichamelijk letsel oploopt een aanspraak heeft.⁷⁸⁹ De huidige regeling is niet in overeenstemming met een Aanbeveling van het Comité van Ministers van de Raad van Europa. Deze heeft niet veel aandacht gekregen.⁷⁹⁰ Niet geheel uit te sluiten valt dat een beroep hierop in rechte vruchten zou kunnen afwerpen. Zelfs wanneer dat het

785. HR 1 november 1991, NJ 1992, 58 rov 3.6. Zie verder Schadevergoeding art. 106 aant. 32.

786. Zie ook Asser-Hartkamp I nr. 467 en voor het oude recht Brunner onder HR 8 april 1983, NJ 1984, 717 onder 2.

787. HR 13 januari 1995, RvdW 1995, 29.

788. Idem; het Hof had de vordering afgewezen en het daartegen gerichte incidentele middel faalt, maar duidelijk is dat zij onder de in de tekst genoemde omstandigheden toewijsbaar zou zijn geweest. Zie rov 5. Terecht stelt J.M. van Dunné dat de *feitelijke* beslissing van het Hof niet terstond voor de hand lag (NJB 1995 blz. 1142/3).

789. Zie voor gegevens Schadevergoeding art. 106 aant. 27 en Ktr. Rotterdam 10 juni 1993, VR 1994, 120.

790. H.A. Bouman en A.J.O. van Wassenaer, Mon. Nieuw BW B37 nr. 4.

geval zou zijn, valt daarvan naar mijn mening geen aanmerkelijke invloed op het aansprakelijkheidsrecht te verwachten.⁷⁹¹

In een recent vonnis van de Amsterdamse Rechtbank wordt getracht de deur enigszins te openen.⁷⁹² Het ging om een operatie waardoor een jeugdig kind zeer ernstig letsel opliep. Het werd daardoor zo hulpbehoevend dat het voortdurende aandacht van de ouders nodig had. Gedaagden verweren zich tegen de smartegeldvordering van de ouders met een beroep op art. 1407 (oud) BW. Op een even kunstzinnige als gekunstelde grond verwerpt de Rechtbank dit betoog. Zij construeert daartoe een overeenkomst tussen de ouders en het ziekenhuis:

'Derhalve gaan zij (de ouders, JS) bovengenoemde overeenkomsten niet alleen aan voor het kind (...) maar ook voor zichzelf, ter nakoming van hun plicht tot verzorging en opvoeding en met het oogmerk door het doen behandelen (...) te voorkomen dat het kind in de toekomst zorgbehoevend zal worden en aldus tevens hun eigen belang dienend'.

Onder de gegeven omstandigheden zou een 'njet' moeilijk aanvaardbaar zijn. Toch vraag ik me af of dat alleen voldoende grond oplevert om vorderingen als deze toe te wijzen. Ze passen slecht in ons recht,⁷⁹³ terwijl voorzichtigheid geboden is om nieuwe horizonten te ontsluiten zonder te kunnen overzien wat de consequenties daarvan kunnen zijn. Zou der Rechtbank benadering juist zijn⁷⁹⁴ dan zouden ouders van kinderen die ernstig letsel oplopen ten gevolge van medische fouten steeds tevens een ei-

791. Daarbij valt te bedenken dat art. 13 slechts ziet op gevallen van lijden 'of an exceptional nature', terwijl art. 19 kennelijk zelfs geen suggestie tot verandering inhoudt. Mogelijk anders Bouman en Van Wassenae, l.a.p.

792. Rb. Amsterdam 5 juli 1995, NJ Kort 1995, 35.

793. Al acht ik niet volstrekt onverdedigbaar dat een vordering zou kunnen worden gegrond op art. 6:107 BW. Betoogd zou dan moeten worden dat extra voorzieningen nodig zijn, die hebben te gelden als verplaatste schade, zulks omdat de behandeling en verpleging van het slachtoffer ermee is gebaat. Vereist is dan wel dat specifieke kostenposten, waarmee het leven van de verzorgers zouden worden veraangenaamd, worden genoemd en dat wordt aangegeven dat en waarom het slachtoffer daarvan 'profiteert'. Men zou hier een parallel kunnen trekken met de bezoekkosten, waarover Schadevergoeding (Bolt) art. 107 aant. 45.

794. R. Overeem wijst erop dat zij, ook bij een contractuele grondslag, niet om art. 1407 (oud) BW en art. 6:106 BW heen komt (Vrb 1995 blz. 78).

gen vordering hebben. Waarom zou het daartoe beperkt moeten blijven? De voor de hand liggende consequentie zou zijn dat niet alleen in gevallen als zojuist genoemd, maar telkens wanneer naasten op ingrijpende wijze worden geconfronteerd met ernstig letsel, een eigen vorderingsrecht zou worden geboren. Een dergelijke keuze lijkt aan de wetgever, niet aan de rechter.⁷⁹⁵ Uit de parlementaire geschiedenis van het huidige art. 6:106 BW blijkt dat de wetgever uitdrukkelijk geen vrijwel onbeperkte aansprakelijkheid ten deze heeft gewild. Hij beoogde juist 'een excessieve ontwikkeling van vergoeding voor ander nadeel dan vermogensschade (...) te voorkomen'.⁷⁹⁶ Meer in het bijzonder is hij een tegenstander van toekenning van een vergoeding ter zake van door *derden* opgelopen letsel.⁷⁹⁷

Enigszins haaks op deze benadering staat de shockschadeproblematiek. Onder het oude recht heeft de Hoge Raad vergoeding afgewezen.⁷⁹⁸ Naar geldend recht ligt zij zeker niet zonder meer voor afwijzing gereed.⁷⁹⁹ Evenwel moet terughoudendheid worden betracht en moet aan zware eisen zijn voldaan.⁸⁰⁰ Bezien vanuit strikt juridische optiek is het verschil met schade van de ouders van een medisch fout behandeld kind verklaarbaar. Vergoeding is mogelijk wanneer een derde zelf letsel oploopt, niet wanneer hij slechts wordt geconfronteerd met zeer ingrijpende verandering van zijn leven, omdat hij een hulpbehoevend geworden naaste wil verplegen.

Ik aarzel zeer sterk of dit een voldoende rechtvaardiging zou mogen zijn voor het maken van onderscheid. Wanneer men een dierbare bij een ongeval ernstig gewond ziet raken, kan dat zeer wel eigen psychisch letsel teweegbrengen, maar in de meeste

795. Eender Overeem, a.w. blz. 78/9.

796. PG boek 6 blz. 387. Zie ook blz. 372.

797. Bijv. PG boek 6 Inv. blz. 1274.

798. HR 8 april 1983, NJ 1984, 717 (CJHB) rov 4.2, althans in mijn lezing. Een kennelijk authentieke interpretatie (van Snijders) wijst uit dat het mijns inziens niet relevante slot van rov 4.1 inhoudt dat de Hoge Raad haar 'evenmin' uitsluit (MvA I Inv., PG boek 6 Inv. blz. 1274). Bedacht dient te worden dat dit document stellig is geschreven door de Regerings-Commissaris Snijders, die het arrest heeft meegewezen.

799. PG boek 6 Inv. blz. 1274. Zie voor rechtsvergelijkende gegevens A.T. Bolt, in: CJHB (Brunner-bundel) blz. 12 e.v. en voor Nederlandse gegevens Schadevergoeding art. 106 aant. 33.

800. PG boek 6 Inv. blz. 1857.

gevallen zal dat na verloop van tijd verdwijnen. Kiest men ervoor om een jeugdig kind dat geheel hulpbehoevend is geworden en zal blijven, zelf te verplegen, dan gaat de daaraan verbonden last nimmer meer over. Dat in het eerste geval wel, maar in het tweede geen vergoeding mogelijk is, kan nauwelijks bevredigend worden genoemd. Maar, als gezegd, het is niet aan de rechter maar aan de wetgever om dat probleem op te lossen. Om te voorkomen dat het aansprakelijkheidsrecht ontspoot neig ik ernaar beide af te wijzen.

3.19.5 Is de trend te verklaren?

In het voorafgaande ligt besloten dat vooral de laatste jaren sprake is van ontwikkelingen op het terrein der immateriële schadevergoeding. De hoogte stijgt, al worden daardoor voorshands kennelijk nog slechts weinig zaken beroerd. In meer gevallen kan zij worden gevorderd en door meer personen. Het verdient aanbeveling de ontwikkelingen nauwlettend te volgen. Het lijkt niet zonder meer een luchtspiegeling dat in de nabije toekomst de totale omvang der te betalen bedragen beduidend zal stijgen. Onduidelijk is wat de stoot heeft gegeven tot de geschetste ontwikkeling. Aangenomen zal mogen worden dat rechter en wetgever in schrijnende gevallen meer voor de benadeelde hebben willen doen. De aard van de schade, ook genoemd in het AIDS-arrest, lijkt daarbij van grote, zo niet doorslaggevende betekenis.⁸⁰¹

§ 3.20 De kring der gerechtigden

Een van de vragen die van invloed is op de reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, is die naar de kring der vorderingsgerechtigden. Voor zover deze vraag een rol speelt binnen de afzonderlijke aansprakelijkheidscategorieën, is hij daar reeds aan de orde geweest. Hier zal dan ook worden volstaan met het aanstippen van enkele algemene punten. Bij bepaalde typen van schade is in de wet geregeld welke personen tegen de voor het ontstaan van deze schade aansprakelijke

801. Opmerking verdient nog dat bij het bepalen van de *omvang* ook tal van andere factoren spelen. Zie uitvoerig Schadevergoeding art. 106 aant. 60.

persoon een actie hebben. Een belangrijk voorbeeld daarvan is de letselschade. Onder het oude recht kwam in geval van letsel slechts een vordering toe aan de gewonde zelf en derhalve niet aan derden, die ten gevolge van de verwonding van de benadeelde schade hadden geleden.⁸⁰² Dat systeem is in het huidige BW inzoverre gewijzigd dat in art. 6:107 BW, behalve aan de gewonde zelf, ook een vordering is toegekend aan derden, die zogenaamde verplaatste schade hebben geleden. Met verplaatste schade wordt daarbij bedoeld op kosten, die wanneer de benadeelde ze zelf had gemaakt voor vergoeding in aanmerking waren gekomen.⁸⁰³ De invoering van het huidige BW heeft derhalve op het gebied van de letselschade geleid tot een verruiming van de kring der gerechtigden en daarmee tot een verruiming van de aansprakelijkheid.

Ook art. 6:107 BW stelt nog duidelijke beperkingen aan de kring der gerechtigde personen. Deze doen zich met name gevoelen voor de particuliere werkgever. Aan hem komt tot dusver volgens de wet geen recht toe op vergoeding van de loonschade, die hij in verband met de door een derde veroorzaakte arbeidsongeschiktheid van zijn werknemer lijdt. In de praktijk wordt door middel van de 'aloude' cessie- en voorschotconstructies toch in de verhaalsbehoefte van de werkgever voorzien.⁸⁰⁴ Dat deze constructies worden geaccepteerd, geeft reeds aan dat het algemeen onjuist wordt geacht om de particuliere werkgever een verhaalsrecht voor de loonschade te onthouden. Dat klemmt temeer nu een zodanig verhaalsrecht ingevolge art. 2 Verhaalswet Ongevalen Ambtenaren wel toekomt aan de overheid-werkgever.

Het is dan ook niet voor niets dat er inmiddels een wetsvoorstel aanhangig is dat onder meer de invoering van het bewuste regresrecht van de particuliere werkgever voor de door hem geleden loonschade (in een nieuw art. 6:107a BW) behelst.⁸⁰⁵ Het verhaal van de loonkosten zal daardoor eenvoudiger worden. Het is echter niet aannemelijk dat dit een noemenswaardige uitbreiding van de aansprakelijkheid meebrengt. De werkgever die de gemaakte loonkosten wil verhalen op degene die aansprake-

802. Zie bijvoorbeeld nog HR 12 december 1986, NJ 1987, 958 (CJHB).

803. Zie daarover nader Asser-Hartkamp I, nr. 472.

804. Zie daarover onder meer Asser-Hartkamp I, nr. 475.

805. Zie TK 1994-1995, 24 326, art. XX.

lijk is voor de arbeidsongeschiktheid van zijn werknemer heeft daartoe, zij het langs een omweg, zoals gezegd ook onder de huidige regeling voldoende mogelijkheden.

Vermelding verdient nog dat het toekomstige regresrecht van de particuliere werkgever zal worden opgenomen in de tijdelijke regeling verhaalsrechten, als neergelegd in art. 6:197 BW. Dit betekent dat de werkgever bij de uitoefening van zijn verhaal geen gebruik kan maken van bepaalde, in art. 6:197 BW uitdrukkelijk opgesomde aansprakelijkheden die in het huidige BW zijn opgenomen maar die het oude recht niet kende. In die gevallen waarin de werknemer zijn aanspraken jegens de voor de schade verantwoordelijke persoon kan baseren op een van de nieuwe risico-aansprakelijkheden, zal de werkgever zijn toevlucht moeten nemen tot de algemene onrechtmatige daadregeling in art. 6:162 BW. Dat was onder het oude recht eveneens de basis van de vordering, zodat ook inzoverre van het regresrecht van de werkgever geen uitbreiding van de reikwijdte van de aansprakelijkheid te verwachten valt.

Een uitbreiding van de aansprakelijkheid zou nog denkbaar zijn indien de werkgever in de toekomst, in die gevallen waarin een van de nieuwe aansprakelijkheden toepasselijk is, de oude cessieconstructie zou kunnen gebruiken in plaats van het nieuwe regresrecht en langs deze weg toch zou kunnen profiteren van de bewuste nieuwe aansprakelijkheden. Daarmee zou de werkgever echter de regeling van het nieuwe art. 6:107 BW op een naar mijn mening ontoelaatbare wijze omzeilen. Het ligt voor de hand dat de toepassing van de cessieconstructie voor het verhaal van loonkosten niet meer zal worden geaccepteerd.⁸⁰⁶ En ook al zou dat anders zijn, dan is het nog maar de vraag of verhaal van de werkgever krachtens cessie niet eveneens gebonden is aan de beperkingen die de tijdelijke regeling verhaalsrechten stelt. Al met al zie ik geen reden om op dit punt te vrezen voor een uitbreiding van de aansprakelijkheid van de voor de arbeidsongeschiktheid van de werknemer verantwoordelijke persoon.

Ook voor gevallen van overlijdensschade zijn de personen aan

806. Vergelijk Asser-Hartkamp I, nr. 475, waar wordt aangegeven dat, zodra de wetgever de kring van aanspraken nauwkeurig heeft afgebakend, pogingen om hierin verruiming aan te brengen spoedig als wetsontduiking zullen worden aangemerkt.

wie een actie tot schadevergoeding toekomt jegens de voor het overlijden aansprakelijke persoon limitatief in de wet opgesomd. De kring der gerechtigden is in het huidige recht (art. 6:108 BW) ten opzichte van het oude recht (art. 1406 BW oud) uitgebreid met de bloed- of aanverwanten en gezinsleden van de overledene, die geheel of gedeeltelijk door hem werden onderhouden. Daarmee heeft de aansprakelijkheid voor overlijdensschade een duidelijke uitbreiding ondergaan.

Zoals hiervoor reeds bleek bij de bespreking van de rechten van de werkgever, wordt binnen de kring der gerechtigden behalve door de benadeelde zelf met name een belangrijke plaats ingenomen door de regresnemende instanties. Een gegeven is dat de schade van slachtoffers van onrechtmatig handelen, met name in geval van letsel of overlijden, in eerste instantie vaak voor een belangrijk deel wordt gedekt door anderen dan de voor de schade aansprakelijke persoon. Met name verzekeraars spelen daarbij een belangrijke rol. Wanneer de verzekeraar van de benadeelde (een deel van) diens kosten of andere vermogensschade voor zijn rekening heeft genomen, rijst vervolgens de vraag of hij deze schade op zijn beurt kan verhalen op de voor het schadegebeuren aansprakelijke persoon. Het is niet mijn bedoeling om een uitvoerig overzicht te geven van de stand van zaken op het punt van de regresrechten van verzekeraars.⁸⁰⁷ Van belang is slechts of zich in deze regresrechten gedurende de laatste jaren zodanige veranderingen hebben voorgedaan dan wel in de nabije toekomst zullen voordoen, dat dit heeft geleid of zal leiden tot een wijziging in de reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad.

Daarbij verdient allereerst vermelding dat de regresrechten reeds gedurende lange tijd in discussie zijn. Omstreden is vooral in hoeverre verhaalsrechten van sociale verzekeraars wenselijk zijn.⁸⁰⁸ Tot dusver kennen binnen de groep der sociale verzekeringen alleen de werknemersverzekeringen een regresrecht. De regering heeft echter begin 1993 aan de Sociaal Economische

807. Zie over de stand van zaken wat de regresrechten van sociale verzekeraars betreft met name Schadevergoeding art. 108, aant. 61 e.v.

808. Zie met name A.R. Bloembergen, diss., nr. 250 e.v.; dezelfde, Naar een nieuw ongevalrecht, rede 1965; dezelfde, BW-krant Jaarboek 1987, blz. 13 e.v. en voorts onder meer Knol, Vergoeding van letsel schade, blz. 116 e.v.

Raad (SER), alsmede aan de Sociale Verzekeringsraad en de Ziekenfondsraad de vraag voorgelegd of het niet wenselijk zou zijn om het regresrecht ook in te voeren bij de volksverzekeringen. Van belang is dat de SER zich in zijn advies in vergaande mate aansluit bij de wens van de regering om de regresrechten uit te breiden. Het zou niet passen in de huidige opvattingen over de positie die sociale verzekeringen in het maatschappelijk leven innemen, wanneer regres in de volksverzekeringen geheel wordt uitgesloten.⁸⁰⁹ Gelet op het voorgaande is het niet uitgesloten dat er binnen afzienbare tijd een regresrecht voor volksverzekeraars zal komen. Daarmee zal de omvang van het totale uitgoecofende verhaal en dus ook de omvang van de aansprakelijkheid zich naar verwachting aanzienlijk uitbreiden.

Tot zover de vraag aan wie een regresrecht toekomt. Van belang is vanzelfsprekend ook hoe ver het regresrecht van de bestaande regresnemers gaat en of zich op dat punt de laatste jaren wijzigingen hebben voorgedaan. Daarbij dient in de eerste plaats te worden gewezen op de reeds eerder genoemde Tijdelijke regeling verhaalsrechten. In deze, in art. 6:197 BW opgenomen regeling, worden enkele wetsartikelen, die ten opzichte van het oude recht een uitbreiding van de aansprakelijkheid bevatten, uitdrukkelijk uitgezonderd van het regresrecht van verzekeraars en de overheid.⁸¹⁰ Alleen het slachtoffer zelf en niet de regresnemer kan van deze nieuwe aansprakelijkheden profiteren. Daarmee wordt de omvang van de aansprakelijkheid beperkt ten opzichte van de situatie die er met de invoering van het huidige BW, en de daarin opgenomen nieuwe aansprakelijkheden, zonder art. 6:197 BW zou zijn geweest. Van enigerlei beperking ten opzichte van de voor invoering van het huidige BW bestaande situatie, waarin de nieuwe aansprakelijkheden nog niet bestonden, is echter geen sprake.

Het onderscheid dat in de Tijdelijke regeling verhaalsrechten

809. Zie Publicatie SER nr. 14, 17 september 1993. Zie voor een verkorte weergave van de argumenten van de SER Schadevergoeding art. 108 aant. 89. Zie voor kritiek op het SER-advies A.R. Bloembergen, NJB 1994, blz. 117-123; T. Hartlief en G.E. van Maanen, NTBR 1994, blz. 75-78.

810. Zie over de Tijdelijke regeling verhaalsrechten en de achtergronden daarvan nader Onrechtmatige Daad, art. 197 (Van Maanen); G.E. van Maanen en P. Romers, De tijdelijke regeling verhaalsrechten, Verhaalsmogelijkheden voor verzekeraars en uitkeringsinstanties, *Ars Aequi Libri* (1994).

wordt gemaakt tussen de verhaalsrechten van het slachtoffer en die van regresnemende instanties komt soms ook in de jurisprudentie naar voren. Zo heeft de Hoge Raad inmiddels uitgemaakt dat de zeer slachtoffervriendelijke regels, die in de rechtspraak rondom art. 185 VWW zijn ontwikkeld, niet ten gunste van regresnemers dienen te worden toegepast.⁸¹¹ Hoewel de gedachte achter deze tweesporigheid in het aansprakelijkheidsrecht mijn instemming heeft, is het toch de vraag of een verdere uitbreiding ervan wenselijk is.⁸¹² Het lijkt er echter inmiddels op dat de Hoge Raad niet voornemens is deze tweesporigheid ook aan te nemen op andere terreinen dan dat van de verkeersaansprakelijkheid. Zo weigerde de Hoge Raad in het arrest De Heel-Korver uitdrukkelijk om de ruime toerekening van schade bij overtreding van een veiligheidsnorm te beperken tot slachtoffers en niet te laten werken ten gunste van regresnemers.⁸¹³ Voorlopig is dan ook niet te verwachten dat de tweesporigheid in het aansprakelijkheidsrecht door de jurisprudentie wezenlijk zal worden uitgebreid, zodat ik op dat punt geen wijziging in de reikwijdte van de aansprakelijkheid voorzie.

Een tweede belangrijke beperking die, deels door de relevante wettelijke regelingen maar deels ook op basis van ontwikkelingen in de jurisprudentie, aan het regres van diverse verzekeraars wordt gesteld, is dat het tegenover bepaalde personen niet mag worden uitgeoefend. Zo kan het Ziekenfonds de door hem ten behoeve van het slachtoffer betaalde kosten niet verhalen op de verzekerde en evenmin op een mede-verzekerde (veelal een gezinslid).⁸¹⁴ Voor de werknemersverzekeringen geldt dat het regresrecht in beginsel niet kan worden uitgeoefend jegens de werkgever of een mede-werknemer van de benadeelde. Dat is slechts anders wanneer deze personen opzet of grove roekeloosheid met betrekking tot het schadegebeuren kan worden verwe-

811. Zie HR 28 februari 1992, NJ 1993, 566 (CJHB) IZA-Vrerink; HR 2 juni 1995, RvdW 1995, 118, 119 en 120.

812. Vergelijk daarover onder meer T. Hartdief en R.P.J.L. Tjittes, Verzekering en aansprakelijkheid (1994), par. 6.2; G.E. van Maanen en P. Romers, De tijdelijke regeling verhaalsrechten, hoofdstuk 2, nr. 7.1; C.J.H. Brunner, in zijn noot onder HR 28 februari 1992, NJ 1993, 566.

813. HR 13 januari 1995, RvdW 1995, 31.

814. Zie HR 11 juni 1982, NJ 1983, 583; HR 6 mei 1983, NJ 1983, 584 (FHJM); HR 19 april 1985, NJ 1986, 209 (FHJM); HR 11 februari 1994, RvdW 1994, 49.

ten.⁸¹⁵ Uit de jurisprudentie blijkt dat niet zo gemakkelijk van deze uitsluiting van het regres jegens de genoemde personen wordt afgeweken.⁸¹⁶ Aangezien de uitkeringen of verstrekkingen uit de desbetreffende sociale verzekeringen – ongeacht de identiteit van de aansprakelijke persoon – bij de bepaling van de aan de benadcelde zelf toekomende schadevergoeding in aanmerking worden genomen, leidt de onderhavige beperking van de personen jegens wie het regresrecht kan worden uitgeoefend tot een duidelijke inperking van de aansprakelijkheid van de voor het schadegebeuren verantwoordelijke persoon.

De conclusie uit het voorgaande is dat de ontwikkelingen die zich ten aanzien van de kring der gerechtigden in de wet en de jurisprudentie hebben voorgedaan of nog te verwachten zijn, niet alle in dezelfde richting wijzen. Met name de ontwikkelingen die zich gedurende de laatste jaren hebben voorgedaan ten aanzien van de kring van personen aan wie een actie tegen de aansprakelijke persoon toekomt, leiden tot een uitbreiding van de aansprakelijkheid. De veranderingen in de inhoud van met name de vorderingen van regresnemers wijzen echter in de richting van een beperking van de aansprakelijkheid. Wanneer de balans wordt opgemaakt, moet echter wel worden geconcludeerd dat de uitdijende tendensen hier overheersen.

§ 3.21 Matiging en limitering

Art. 6:109 BW voorziet in rechterlijke matiging van een schadevergoedingsverplichting indien volledige compensatie in de gegeven omstandigheden tot kennelijk onaanvaardbare gevolgen zou leiden.⁸¹⁷ Een dergelijke algemene bepaling gold niet onder het oude recht.⁸¹⁸ De bepaling is, blijkens de geschiedenis harer totstandkoming, mede geschreven om moeilijkheden die uit het uitdijende aansprakelijkheidsrecht voortvloeien het hoofd te

815. Zie art. 91 WAO, art. 52 ZW en art. 83c ZfW.

816. Zie het overzicht van de jurisprudentie op dit punt in *Schadevergoeding*, art. 108, aant. 72.

817. De onaanvaardbaarheidsmaatstaf sluit nauw aan bij die waarvoor tijdens de NJV 1964 veel aanhang bestond: PG boek 6 blz. 449.

818. HR 13 oktober 1995, NJ 1996, 140 Ma. rov 3.2. Zie voor kritiek op deze opvatting G.E. van Maanen, A&V 1996, blz. 14. Hij wijst erop dat niet valt in te zien waarom ten deze niet, maar bij boctbedingen wel is geanticipeerd.

bieden. Daarbij is zowel gedacht aan juridische als aan feitelijke veranderingen.⁸¹⁹ Ook schade die in een wanverhouding staat tot de mate van schuld werd uitdrukkelijk genoemd.⁸²⁰

Hoewel gezien het overgangsrecht zeker begrijpelijk, valt te betreuren dat het college niet op de matigingsbepaling heeft willen anticiperen.⁸²¹ De Hoge Raad overweegt daartoe dat art. 6:109 BW 'een zo ingrijpende wijziging ten opzichte van het oude recht' inhoudt dat het zich niet leent voor anticiperende toepassing. De waarde van dit argument is mijns inziens niet uitzonderlijk groot. De Hoge Raad schrikt ook in andere gevallen niet terug voor het varen van een geheel eigen koers, soms met terzijdestelling van wet en parlementaire geschiedenis.⁸²² Men denke slechts aan het beroep op overmacht dat in art. 185 VWW staat (versie 1994!), terwijl dit beroep in een aantal gevallen niet mogelijk wordt geacht.⁸²³ Blijkbaar heeft het college geen behoefte aan een bepaling als art. 6:109 BW, hetgeen een aanwijzing lijkt voor de stelling dat de Hoge Raad meent dat zijn jurisprudentie niet leidt tot onbeheersbare of onwenselijke consequenties.

Uit dit preadvies moge volgen dat dit veronderstelde uitgangspunt thans in het algemeen niet onjuist is, maar dat zeker niet onwaarschijnlijk is dat in de nabije toekomst zal blijken dat het recht op een aantal terreinen zal ontsporen. Voor een deel gaat het daarbij om schade die het gevolg is van gebeurtenissen die vóór de invoering van het huidig BW plaatsvonden. Is sprake van schade in de zin van art. 1406 of 1407 (oud) BW (dood of letsel), dan bestaat aan anticipatie op art. 6:109 BW geen behoefte, omdat deze bepalingen zelf de mogelijkheid tot matiging inhielden.⁸²⁴ Is de gebeurtenis vóór 1 januari 1992 voorgevallen, maar ontstaat de schade nadien, dan is het huidig recht van toepas-

819. PG boek 6 blz. 404.

820. Idem blz. 404, 406 en 440.

821. HR 13 oktober 1995, NJ 1996, 140 Ma.

822. In de literatuur was wel gepleit voor toepassing van art. 6:109 BW op oude gevallen. Zie H.L. van der Beek, *Overgangsrecht nieuw Burgerlijk Wetboek*, diss. Maastricht 1992 blz. 208.

823. Zie 3.6.4.5.

824. Zie nader *Onrechtmatige daad IIC* (De Groot) nr. 332 e.v. en 393.

sing⁸²⁵ en daarmee art. 6:109 BW. Bij ziektes met een lange incubatietijd,⁸²⁶ of allerhande schades ten gevolge van beroepsfouten – als bijvoorbeeld derden die, vertrouwend op de juistheid van accountantsverklaringen, bepaalde handelingen verrichten of nalaten⁸²⁷ – kan aldus matiging toch worden toegepast.

Art. 6:110 BW, dat ziet op wettelijke limitering, zou eveneens goede diensten kunnen bewijzen bij het binnen redelijke perken houden van het aansprakelijkheidsrecht. Deze bepaling is opgenomen om te bewerkstelligen dat aansprakelijkheid verzekeraar blijft.⁸²⁸ Hiervoor is gebleken dat daarvan op een aantal terreinen niet langer sprake is. Desondanks zal moeten worden aangenomen dat art. 6:110 BW voorlopig geen rol (van betekenis) zal gaan spelen.⁸²⁹ Terecht heeft Hartkamp erop gewezen dat dit artikel geen panacee is om *reeds gerezen moeilijkheden* op te lossen.⁸³⁰

§ 3.22 Verjaring

Gerelateerd aan het oude recht werd de verjaring bij de invocering van het huidige BW in dubbel opzicht bekort. De in art. 2004 (oud) BW verankerde termijn van dertig jaar werd teruggebracht naar twintig jaar, terwijl zij onder bepaalde in art. 3:310 lid 1 BW genoemde omstandigheden al na vijf jaar is voltooid. Inmiddels is de dertig-jaarstermijn weer in ere hersteld voor milieuschade en schade veroorzaakt door gevaarlijke stoffen (art. 3:310 lid 2 BW). In laatstbedoeld geval begint zij in geval van een voortdurend feit eerst te lopen nadat dit feit is opgehouden

825. Art. 173 Overgangrecht NBW en daarover uitvoerig Overgangrecht (Wessels) art. 173, met name aant. 1. Voor bijzondere gevallen maakt het tweede lid een uitzondering.

826. Naar thans geldend recht is niet geheel zeker wanneer de schade ontstaat. Zie nader mijn Mon. Nieuw BW B 36 nr. 52. De MvT Inv. op art. 173 Overgangrecht gaat kennelijk ook van de door mij verdedigde opvatting uit: PG Overgangrecht blz. 149, waar onder meer het voorbeeld wordt gegeven van langzaam werkende vergiften.

827. Zie voor andere voorbeelden MvT Inv. op art. 173 Overgangswet, PG Overgangrecht blz. 149.

828. Asser-Hartkamp I nr. 503. De TM (PG boek 6 blz. 770), waarop Hartkamp zich beroept, rekt evenwel slechts van risico-aansprakelijkheden.

829. MvA II w.o. 21 202 nr. 5 blz. 31.

830. Idem nr. 504 alwaar ook verdere vindplaatsen.

te bestaan (art. 3:310 lid 3 BW).⁸³¹ Deze laatste regel – waarvan onzeker is of deze ook al gold onder het oude recht⁸³² – beheerst ook gevallen die voor haar inwerkingtreding hebben plaatsgehad.⁸³³ Omdat het bij milieuverontreiniging niet zelden gaat om zodanige gebeurtenissen is deze wijziging in theorie van niet te onderschatten betekenis. Het praktisch belang is vermoedelijk niet bijster groot omdat voor 1 januari 1975 veelal niet onrechtmatig werd gehandeld bij het zich ontdoen van afvalstoffen.⁸³⁴ De dertig-jaartermijn gaat, ook in geval van letselschade, lopen op het moment waarop de gebeurtenis plaatsgreep. Zonder belang is of de benadeelde daarvan op de hoogte was. Deze regel, ingegeven door de rechtszekerheid en de uitdrukkelijk door de wetgever gemaakte keuze,⁸³⁵ is op zich niet onbegrijpelijk. Maar zij steekt af tegen de slachtoffervriendelijke trend op andere gebieden. Ook trouwens tegen een andersluidende opvatting ten aanzien van verjaring in milieuzaken.⁸³⁶ Het arrest is mogelijk van bijzondere betekenis omdat uitdrukkelijk de positie van de laddens in de overwegingen wordt betrokken.

Opmerking verdient nog dat de consequenties van het zoëven gememoreerde arrest inzake letselschade relatief beperkt kunnen blijven. Met name in geval van (beroeps)ziektes met een lange incubatietijd en bij sluipende schades als asbestose is zijn belang beperkt. Ervan uitgaande dat de stoffen die deze ziektes teweegbrengen veelal gevaarlijke stoffen in de zin van art. 6:175 zijn, geldt de in art. 3:310 lid 3 BW voorziene regel waarin het aanvangstijdstip van de verjaring wordt verschoven.⁸³⁷ Aangenomen

831. In de Nota n.a.v. het Verslag I (w.o. 22 599 nr. 116 b) is deze regeling enigszins genuanceerd (blz. 2).

832. Volgens de MvAII is dat het geval (w.o. 22 599 nr. 5 blz. 5). Het beroep op mijn WPNR-bijdrage (6059 blz. 591) is niet geheel juist, nu daarin geen sprake is van het oud BW.

833. Art. 119a lid 3 Overgangswet NBW.

834. Zie 3.8.4.2.

835. HR 3 november 1995, RvdW 1995, 229 rov 3.4.

836. HR 9 oktober 1992, NJ 1994, 286 rov 4.5 en 287 rov 3.6. Hierbij moet intussen wel worden bedacht dat sprake was van de korte termijn van de inmiddels afgeschafte wet van 1924 (5 jaar-termijn voor vorderingen tegen de overheid). Terecht wijst J.M. Smits erop dat de verschillende benadering het argument der rechtszekerheid in rook doet opgaan (A&V 1996, blz. 16).

837. Zie Vermogensrecht (Koopmann) art. 310 aant. 3.2. Deze bepaling regelt ook oude gevallen.

men zal mogen worden dat het op de weg van de aansprakelijke persoon ligt om aan te tonen dat de verjaring daadwerkelijk is voltooid.⁸³⁸ Dat zal praktisch gesproken veelal ondoenlijk zijn. Immers zal het vrijwel steeds onmogelijk zijn om aan te geven wanneer het 'voortdurend feit' is 'opgehouden te bestaan'.

§ 3.23 Valt een trend te bespeuren?

Bezien we de ontwikkelingen die op het gebied van schadevergoeding hebben plaatsgevonden, dan moet een onderscheid worden gemaakt tussen wetgeving en rechtspraak.

De *wetgever* heeft op een aantal gebieden een verruiming voor ogen gestaan. Daarbij moet in het bijzonder worden gedacht aan de uitbreiding van de kring der gerechtigden in geval van aansprakelijkheid ter zake van overlijden, en immateriële schadevergoeding, winstafdracht⁸³⁹ en het oprekken van het schadebegrip of misschien iets juister de berekening ervan. De regeling inzake 'verplaatste schade' (art. 6:107 BW) is, praktisch gesproken, geen verruiming. In de visie van de Hoge Raad, waarin de regel van art. 6:99 BW onder het oude recht al bestond, is in dit opzicht geen verandering tot stand gebracht. Op het stuk der verjaring is in elk geval sprake van een dubbele inperking, mogelijk ook van een verruiming waar het betreft het aanvangstijdstip bij – kort gezegd – doorlopende milieuverontreiniging. Hij heeft uitdrukkelijk onder ogen gezien dat het wenselijk én noodzakelijk was om een mechanisme in het leven te roepen waarmee het uitdijend aansprakelijkheidsrecht in de hand kan worden gehouden: matiging en limitering.⁸⁴⁰ Rekening moet worden gehouden met een, mogelijk zelfs relevante, uitbreiding van de regresrechten.

Ook de *rechter* heeft zich in het algemeen terughoudend opgesteld. Dat geldt niet voor de problematiek der buitengerechtelijke kosten, de omvang van de immateriële schadevergoeding en evenmin voor de berekening van zaakschade in bijzondere ge-

838. Idem aant. 3.3.

839. De interpretatie die de Hoge Raad aan de wetsgeschiedenis heeft gegeven is ten minste aanvechtbaar.

840. Zoals aangegeven in 3.21 moet daarvan intussen niet veel worden verwacht.

vallen. Nog minder voor de wijze waarop art. 6:99 BW, avant la lettre, is uitgebouwd tot een effectief wapen in handen van slachtoffers met letselschade. Voor het overige is voorzichtigheid troef: geen *echte* winstafdracht, geen anticipatie daarop, noch ook op de matigingsbepaling, geen uitbreiding van de kring der gerechtigden bij letselschade, geen subrogatie in zieligheid en een slachtofferonvriendelijke benadering van de verjaringsproblematiek.

Voor al dit laatste baart zeker opzien. Het past niet goed in de trend, slachtoffers die letselschade hebben opgelopen te beschermen.

Al met al moet de conclusie zijn dat wetgeving en rechtspraak inzake afd. 6.1.10 *in het algemeen* niet buitengewoon vernieuwend is. Grote problemen zijn niet te verwachten. Daarop zijn, naar geldend recht, mogelijk enkele uitzonderingen: de regel der alternatieve causaliteit, buitengerechtelijke kosten en de berekening van zaakschade en wellicht de hoogte van de vergoeding ter zake van immateriële schade. Naar komend recht zou daar een wezenlijke uitbreiding van de regresrechten bij kunnen komen. Al met al kan niet worden gezegd dat de factor 'letselschade' en slachtofferbescherming een zó overheersende rol spelen als wel wordt aangenomen.

Bij het bovenstaande is de jurisprudentie inzake art. 6:98 BW buiten beschouwing gelaten. Deze vertoont onmiskenbaar slachtoffer-vriendelijke trekken.⁸⁴¹ Dat is evenwel geen nieuwe ontwikkeling. Vooral waar het ruime toerekening bij overtreding van verkeers- of veiligheidsnormen betreft is dat al geruime tijd vaste rechtspraak⁸⁴², waarbij opmerking verdient dat het begrip 'veiligheidsnorm' wél is verruimd.⁸⁴³ Voor het overige is de causaal verband-rechtspraak een *mer à boire*, waarvan bespreking dit toch al omvangrijke preadvies te buiten gaat.

Ik vermeld slechts een recent arrest dat het bewijs van het ontbreken van causaal verband 'in beginsel' legt op hem die 'door een als onrechtmatige daad of wanprestatie aan te merken ge-

841. Zie voor gegevens Schadevergoeding (Boonekamp) art. 98, met name aant. 29.3, 31 en 45 c.v.

842. Zie Schadevergoeding art. 98 aant. 29.3.

843. HR 13 januari 1995, RvdW 1995, 31 rov 2.4.1.

draging een risico van het ontstaan van schade in het leven' heeft geroepen, ingeval dit risico zich verwezenlijkt.⁸⁴⁴ De Hoge Raad suggereert dat het hier zou gaan om een bestaande 'regel', maar dat is m.i. niet het geval. Eerdere rechtspraak had vooral betrekking op arbeids- en verkeersongevallen.⁸⁴⁵ De thans geformuleerde, blijkbaar algemene, regel – die het licht zag in een geval van beroepsaansprakelijkheid van een notaris – gaat wel erg ver. De consequenties daarvan laten zich moeilijk overzien. Zo rijst bijvoorbeeld de vraag of een advocaat, die een termijn laat verstrijken, zal moeten bewijzen dat het niet-ingestelde rechtsmiddel geen baat zou hebben gebracht. Ook bij aansprakelijkheid van accountants jegens derden ter zake van fouten in goedgekeurde jaarrekeningen dringt de vraag zich op.⁸⁴⁶

Zou een aangesprokene aan de zoëven bedoelde consequenties kunnen ontkomen door niet alleen ('in beginsel' vruchteloos) het causaal verband te ontkennen, maar ook de aanwezigheid van schade? Zulks met een beroep op de regel dat het aan eiser is zijn schade te bewijzen?⁸⁴⁷ Gezien de verwevenheid van schade en causaal verband⁸⁴⁸ lijkt het onaannemelijk dat deze andere inkleding van het verweer tot een afwijkende bewijslastverdeling leidt.

844. HR 26 januari 1996, RvdW 1996, 46 rov 3.5.1.

845. Zie nader Schadevergoeding art. 98 aant. 13 en daar vermelde gegevens.

846. Daarbij laat ik rusten of de vordering gedoemd is te stranden op de klippen der (in de onrechtmatigheid besloten liggende) relativiteit. Zie daarover Onrechtmatige daad (Huijgen) VI.2 aant. 22.

847. Zie Asser-Hartkamp I (10e dr.) nr 416.

848. Zie A.R. Bloembergen, Schadevergoeding bij onrechtmatige daad nr. 12.

Hoofdstuk 4

CONCLUSIES EN AANBEVELINGEN

§ 4.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt de balans opgemaakt van ons onderzoek. In de eerste plaats geven we in het kort nog eens de bevindingen weer (4.2). Vervolgens worden de bevindingen onderling met elkaar in verband gebracht (4.3). Daarbij worden de in hoofdstuk 1 genoemde factoren als uitgangspunt genomen. Om herhalingen te voorkomen, wordt in dit onderdeel van de conclusie gedeeltelijk een enigszins andere invalshoek dan hiervoor gekozen.

Kan een voorspelling worden gegeven over de ontwikkelingen die zich in de nabije toekomst in het aansprakelijkheidsrecht zullen voordoen? In 4.4 wordt getracht in deze glazen bol te kijken.

In het voorafgaande is gebleken dat op bepaalde terreinen veel is voorgevallen. Het is niet aannemelijk dat vanaf nu een juridische ijstijd zal aanbreken, waarin het recht wordt bevroren. De te verwachten verdere toenemende betekenis van dit rechtsgebied noopt tot bezinning. Kunnen we ons verder uitdijen ervan veroorloven? Worden daardoor problemen veroorzaakt die om een oplossing vragen? Daaraan is het laatste onderdeel van dit preadvies gewijd.

§ 4.2 De bevindingen

4.2.1 Conclusies hoofdstuk 2

J. Spier

Met name verzekeraars klagen steen en been over de *stijgende aansprakelijkheidslast*. Omdat, niet alleen in Nederland, weinig harde gegevens beschikbaar waren, hebben we getracht deze te vergaren. Gedeeltelijk is dat gelukt. Zij leveren het volgende beeld op. Over de hele linie genomen daalt het aantal claims, maar stijgen de uit te betalen bedragen aanzienlijk. Vooral op het gebied van medische aansprakelijkheid, enkele andere vrije

beroepsbeoefenaren als advocaten, accountants, notarissen, raadgevend ingenieurs en architecten, verkeers- en overheidsaanpakelijkheid. Of ditzelfde kan worden gezegd van milieu-aansprakelijkheid kan niet aan de hand van cijfers worden aangetoond. In de (nabije) toekomst zullen zich vermoedelijk problemen aftekenen op het stuk van beroepsziekten, terwijl datzelfde zou kunnen gelden voor produktaansprakelijkheid.

Het gaat hier om een ontwikkeling die zich geenszins alleen in Nederland voltrekt. Opmerkelijk is dat tot voor enkele jaren kennelijk werd aangenomen dat het allemaal wel mee zou vallen. Dit valt bijvoorbeeld uit jaarverslagen af te leiden. Het vloeit mede voort uit het feit dat, althans in ons land, de aanwassende stroom alarmerende berichten eerst van recente datum is.

De – ook uit het juridisch deel voor sommige aansprakelijkheden naar voren tredende – verzwaring van de aansprakelijkheidslast laat verzekeraars niet onberoerd en raakt daarmee de verzekeraarbaarheid. Om zicht te krijgen op de consequenties van de veranderingen waarvan in dit preadvies verslag wordt gedaan hebben we ook een verzekeringsrechtelijk uitstapje gemaakt.

In het *verzekeringsgedeelte* is aangegeven op welke wijze verzekeraars w.a.schades van bedrijven en beroepsbeoefenaren in het verleden dekten en hoe zij dat in de toekomst willen doen. In de loop der tijd zijn verschillende dekkingsmodaliteiten gebruikt. Aanvankelijk was de zogenaamde act committed-basis gebruikelijk: aangesloten wordt bij het tijdstip waarop de gebeurtenis waaruit de schade voortvloeit plaatsvindt; dat tijdstip moet binnen de looptijd van de verzekering vallen. Dat betekent dat wel een uitloopdekking wordt gegeven (voor schade die later ontstaat), maar geen inloopdekking. Later is veelal¹ overgeschakeld op loss occurrence-dekkingen, waarbij het aankomt op de vraag of de schade tijdens de looptijd der polis voorviel; de consequentie daarvan was wel een inloop (voor het geval de gebeurtenis eerder plaatsgreep), maar geen uitloop. Thans ligt in de bedoeling over te stappen op claims made-polissen, in welk geval beslissend is of de claim tijdens de looptijd van de verzekeringsovereenkomst wordt ingediend. Tenzij anders wordt overeengekomen houdt dat in dat wel de inloop, maar niet de uitloop

1. Bij beroepsaansprakelijkheden en bepaalde milieupolissen is al enige tijd geleden overgegaan op na te noemen claims made-dekkingen.

wordt gedekt. De AVB-modelpolis gaat, als hoofdregel, inderdaad hiervan uit, maar biedt daarenboven ook nog een zekere uitloop door de omstandighedenclausule en de namelding.

De aanvankelijk bestaande dekkingen hebben ertoe geleid dat onder oude polissen nog talloze zogenaamde long tail-schades (als sluipende ziektes of milieu-verontreinigingen) konden worden gebracht. Soms zelfs kon een en hetzelfde geval onder verschillende polissen worden geclaimd. Omdat het hier gaat om schades waarmee destijds niet werd gerekend en al evenmin kon worden gerekend, was de premie daarop niet afgestemd. Dit heeft voor de hand liggende nadelige gevolgen voor verzekeraars gehad. Mede omdat, bij een gelijk blijvende dekkingssystematiek, de moeilijkheden nog véél groter zouden worden, zal vermoedelijk op claims made-dekkingen worden overgeschakeld. Afhankelijk van de wijze waarop de inloop respectievelijk de uitloop wordt geregeld, zal ofwel de verzekeraar in gevaar komen, dan wel brengen verzekeraars zich zelf in moeilijkheden, hetgeen voorzienbaar tot nog verdere beperkingen in de toekomst zal leiden. Kort en goed: het uitdijende aansprakelijkheidsrecht laat hier sporen na die het stelsel in gevaar kunnen brengen. Afnemende verzekeraar betekent immers dat de moeilijkheden worden verschoven naar de benadeelde, de aansprakelijke persoon of de samenleving.

4.2.2 *Conclusies hoofdstuk 3*

De aansprakelijkheid van de werkgever voor schade door bedrijfsongevallen en beroepsziekten blijkt gedurende de laatste decennia in de jurisprudentie duidelijk te zijn verruimd. Er is sprake van een steeds verdergaande bescherming van de werknemer op grond van art. 7A:1638x BW, terwijl ook het toepassingsbereik van deze bepaling wordt uitgebreid. Een en ander past goed bij het beeld dat de hier centraal staande factoren binnen deze aansprakelijkheidscategorie te zien geven en is op zich zelf ook niet onredelijk. Bedacht moet echter worden dat de uitbreiding van de aansprakelijkheid van de werkgever een probleem kan gaan vormen wanneer de nieuwe beroepsziekten zich blijven uitbreiden en het aantal en de omvang van de daarop gebaseerde claims onbeheersbaar worden.

Op het terrein van de aansprakelijkheid voor beroepsfouten is in ju-

ridisch opzicht de laatste jaren veel minder gebeurd. De jurisprudentie kent daar weliswaar enkele uitschieters, waarin aan beroepsbeoefenaren strenge eisen worden gesteld en sneller dan verwacht mocht worden tot aansprakelijkheid wordt geconcludeerd. Er is echter geen sprake van een algemene verruiming van de aansprakelijkheid voor beroepsfouten. Mede gelet op de juist op dit terrein aanwezige stijging van het aantal en de omvang van de claims is het wenselijk de in de jurisprudentie tot dusver betrachte terughoudendheid te handhaven. Dat geldt zeker ook bij de bepaling van de kring van personen die op basis van een beroepsfout een vordering hebben.

Een verruiming van de aansprakelijkheid kan evenmin worden gesignaleerd op het terrein van de *gevaarzetting*. De beantwoording van de aansprakelijkheidsvraag is hier vooral afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Wel kan worden geconstateerd dat in de rechtspraak een tendens lijkt te bestaan om bij schade die ontstaat door zogenaamde huis, tuin en keuken gevaren minder snel aansprakelijkheid aan te nemen dan wanneer de gevaarzetting samenhangt met de technische en industriële ontwikkeling van de samenleving. Daarmee valt ten dele samen dat schade door gevaarzetting in de particuliere sfeer minder gemakkelijk tot aansprakelijkheid lijkt te leiden dan wanneer de verwezenlijking van een bepaald gevaar is terug te voeren naar een overheidslichaam of een private rechtspersoon.

Ook de aansprakelijkheid voor schade in het kader van *sport en spel* is gedurende de laatste jaren niet uitgedijd. Wel zijn in de rechtspraak, mede met behulp van de hier centraal staande factoren, bepaalde lijnen in de beantwoording van de aansprakelijkheidsvraag te onderscheiden.

De rechtspraak inzake *verkeersongevallen* (3.6) staat, met name de laatste jaren, sterk in het teken van de bescherming van zwakke verkeersdeelnemers. Dat geldt vooral voor kinderen tot 14 jaar en in mindere mate² ook voor oudere personen. Hoewel de Hoge Raad een reeks van argumenten hiervoor geeft zijn deze weinig overtuigend. Wat hem nauwkeurig heeft bewogen is on-

2. Soms zal de slachtofferbescherming voor hen geen enkel effect sorteren. Zo bijvoorbeeld wanneer een persoon van bijv. twintig jaar 30% eigen schuld heeft; zie 3.6.4.3.

duidelijk. Andere weggebruikers als bestuurders en inzittenden kunnen niet profiteren van bedoelde bescherming.

Ook de *produktaansprakelijkheid*-rechtspraak (3.7) toont het beeld van slachtofferbescherming. Voorts lijkt een rol te spelen dat de aansprakelijke persoon een bedrijf is. Onduidelijk is welke regels gelden voor door bedrijven geleden schade.

Met de aansprakelijkheid voor *milieuschade* (3.8) is het merkwaardig gesteld. De wetgever heeft een aantal nieuwe civielrechtelijke en administratiefrechtelijke aansprakelijkheden in het leven geroepen, waarbij hem maar één doel voor ogen stond: vergoeding van milieuschade, anders dan uit de openbare middelen. De in de Wet bodembescherming verankerde saneringsbevelen kunnen ook worden gegeven voor *oude* verontreinigingen. De Hoge Raad heeft verhaal van saneringskosten voor verontreinigingen, ontstaan vóór 1975 praktisch gesproken getorpedeerd. Blijkbaar omdat de daaruit voortvloeiende schade niet voorzienbaar was, terwijl het (daarom?) billijker werd geacht deze ten laste van de collectiviteit te brengen. Voor sedertdien veroorzaakte milieuschade lijken voorzienbaarheid en economische belangen een rol te spelen.

De *overheidsaansprakelijkheid* (3.9) dijt uit. Bij de toetsing van overheidshandelen stelt de rechter zich minder terughoudend op, terwijl ook de algemene beginselen van bestuur hun invloed hebben doen gelden. De vernietigde-beschikkingendoctrine heeft de 'floodgates' geopend, maar er lijkt een zekere kentering in de rechtspraak te hebben plaatsgevonden. De jurisprudentie inzake strafvorderlijk optreden heeft nieuwe horizonten aan de kim doen verschijnen; gehoopt mag worden op een verdere doorbraak. Rust heerst op het gebied van de aansprakelijkheid ter zake van rechtspraak, terwijl wetgeving in formele zin nog steeds (vrij) onaantastbaar is.³ Waar het de rechtmatige daad betreft lijkt een doorbraak nabij. Vooral de gewijzigde inzichten over de verhouding overheid/burger lijken de koers te hebben bepaald. Ook andere factoren als de aard der verrichte activiteit, en de aard, omvang en voorzienbaarheid van de schade spelen een rol.

De *hinder*-jurisprudentie (3.10) blijft zóer terughoudend, zulks kennelijk vooral uit economische overwegingen.

3. Al is te dien aanzien twijfel mogelijk. Zie 3.9.4.1.1.

Voor *leidingschade* (3.11) ontstaat al spoedig aansprakelijkheid; zij strekt zich ten minste uit tot tweedegraadsschade, maar mogelijk veel verder. Daarbij lijkt zonder belang dat het veelal zal gaan om zaak- of vermogensschade. De voorzienbaarheid speelt hier, zowel in de vestigingsfase als bij de bepaling van de omvang der te vergoeden schade een belangrijke rol.

Ongelukjes (3.12) worden met de mantel der liefde bedekt. Vermoedelijk betracht de Hoge Raad grote terughoudendheid om te voorkomen dat particulieren aansprakelijk worden gehouden, ongeacht of dezen zich hebben verzekerd. Wellicht speelt ook de aard der handeling een rol.

De rechtspraak biedt een aantal voorbeelden van in feite *op de billijkheid gebaseerde delictuele aansprakelijkheid* (3.13). Deze is moeilijk dogmatisch te funderen, al is dit niet geheel onmogelijk. Het is niet waarschijnlijk dat zij de komende tijd tot bloei zal komen.

Bestuurdersaansprakelijkheid lijkt in opmars, terwijl de rechtspraak geneigd lijkt haar eerder te aanvaarden, vooral in milieuzaken. De voorzienbaarheid van de schade lijkt hier een belangrijke drijfveer.

Waar het *afdeling 6.1.10* en de verjaringsregeling betreft, is sprake van een wisselend beeld. Op een beperkt aantal terreinen heeft de wetgever de omvang der aansprakelijkheid uitgebreid. Anderzijds biedt het huidige BW de mogelijkheid ontsporingen tegen te gaan. De regeling inzake matiging en limitering biedt daartoe de mogelijkheid. De rechter heeft zich in het algemeen terughoudend opgesteld. Dat is anders ten aanzien van de wijze waarop art. 6:99 BW is ingevuld, het leerstuk der buitengerechtelijke kosten, de berekening van zaakschade, de kring der gerechtigden en de omvang van de vergoeding voor immateriële schade.

§ 4.3 Het wankel bouwwerk van het aansprakelijkheidsrecht

4.3.1 Inleiding

'We think it would be more satisfactory for potential defendants, as well as for potential plaintiffs, to know with certainty when strict liability would apply, and what its significance would be. It would also be more satisfactory and more just if the cases to which strict

liability applied were based on coherent principles. As we have said, this is not the present position.⁴

Deze ontboezeming van de Pearson-commissie is ons uit het hart gegrepen.⁵ Zij zou even goed gemaakt kunnen worden voor het in dit preadvies besproken deel van het aansprakelijkheidsrecht in ons land. Dat is daaraan toe te schrijven dat de rechtspraak veelvuldig niet of onvoldoende duidelijk maakt waarom bepaalde – algemeen geldende – regels worden geformuleerd. De rechtszekerheid is daarmee niet gediend. Het is daarom ook lastig, zo niet onmogelijk, om een consistent aansprakelijkheidsrecht te ontwikkelen. Toch bestaat daaraan behoefte. Alvorens daarop nader in te gaan, dient de hier betrokken stelling aanneemelijk te worden gemaakt. Daartoe moet de rechtspraak nader onder de loupe worden genomen. Daarbij beperken we ons in essentie tot de Hoge Raad.

4.3.2 *Letselschade*

4.3.2.1 *Veroorzaakt buiten de particuliere sfeer*

Naar gangbare inzichten vaart de Hoge Raad een slachtoffer-vriendelijke koers. Vooral bij letselschade zou het college trachten de benadeelde te hulp te schieten.⁶ Dit *lijkt* inderdaad het geval bij aansprakelijkheid ter zake van verkeersongevallen,⁷ ondeugdelijke produkten,⁸ arbeidsongevallen en beroepsziekten,⁹

4. Royal Commission on Civil Liability and Compensation for Personal Injury, deel I (rapport commissie Pearson) blz. 349.

5. In vergelijkbare zin H. Kötz, in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, blz. 1783 e.v. en J. Spier, in: De maalstroom van het aansprakelijkheidsrecht blz. 31.

6. Zie C.J.M. Klaassen, Risico-aansprakelijkheid, diss. Nijmegen 1991 blz. 195 e.v., T. Hartlief en R.P.J.L. Tjittes, Verzekering en aansprakelijkheid blz. 9 en 15/16 en (als desideratum) C.C. van Dam, Zorgvuldigheidsnorm en aansprakelijkheid blz. 253. Zie over bescherming van zwakkeren in meer algemene zin A.S. Hartkamp, Mon. Nieuw BW A 1, nr. 16 en 19.

7. Zie nader 3.6.6. We zijn ons ervan bewust dat verkeersschade zich ook in de particuliere sfeer kan voordoen en in die zin tevens onder par. 4.3.2.2 valt. De benadering van deze schade-soort past echter, mede door de verplichte verzekering, beter in de onderhavige categorie. Vergelijk ook nog Hof 's-Gravenhage 22 november 1995, rolnr. 94/1047.

8. Zie nader 3.7.7.

9. Zie nader 3.2.5, 3.2.8 en 3.2.10.

medische fouten¹⁰ en gevaarstelling. Eenzelfde gedachte lijkt de Hoge Raad te hebben geïnspireerd tot de DES-regel¹¹ en tot het (geven van zijn zegen aan het) opstuwen van de vergoeding voor immateriële schade.¹² Ook op in dit preadvies niet afzonderlijk besproken terreinen als eigen schuld¹³ en de omvang van het causaal verband¹⁴ valt deze tendens naar een verdergaande bescherming van slachtoffers met letselschade waar te nemen. In art. 6:98 BW wordt de aard van de schade bovendien als zodanig genoemd als relevante factor.

Bij zorgvuldige beschouwing van de rechtspraak blijkt deze echter lang niet altijd uitdrukkelijk steun te bieden voor de zojuist geformuleerde veronderstelling. Vrijwel steeds worden ter ondersteuning van de slachtofferbescherming een of meer andere factoren dan letselschade genoemd. Daarnaast wordt in een aantal gevallen de aard van de schade of het belang van slachtofferbescherming niet, met zoveel woorden, genoemd. Regelmatig worden de voorzienbaarheid¹⁵ en de strekking van het aan de orde zijnde voorschrift¹⁶ als relevante factoren naar voren geschoven.¹⁷ Klaarblijkelijk deinst de Hoge Raad ervoor terug om bij de invulling van de slachtofferbescherming uitdrukkelijk beslissende betekenis toe te kennen aan de omstandigheid dat sprake is van letselschade. Zoals zo dadelijk zal blijken valt dat, in het licht van zijn jurisprudentie, te begrijpen. Alvorens daarop in te gaan staan we stil bij de wél genoemde argumenten.

Het beroep op de strekking van een wetbepaling ter onderhouwing van de beslissing is niet altijd even overtuigend. Dat geldt bijvoorbeeld voor de rechtspraak inzake art. 31 (oud) WWV en art. 6:99 BW.¹⁸ Zo kan de strekking van art. 7A:1638x BW be-

10. Zie nader 3.3.8 en 3.3.9.

11. Zie nader 3.17.1.

12. Zie nader 3.19.5.

13. Zie voor gegevens Schadevergoeding (Boonekamp) art. 101 aant. 17.2.

14. Zie voor gegevens Schadervergoeding (Boonekamp) art. 98 aant. 30.

15. Zo bij gevaarstelling; zie 3.4.3 en 3.4.10; de aansprakelijkheid krachtens art. 7A:1638x BW; zie 3.2.10; en kennelijk in het kader van produktaansprakelijkheid zie 3.7.7.

16. Zie in het kader van arbeidsongevallen 3.2.5 en 3.2.8; bij verkeersaansprakelijkheid 3.6.6 en bij art. 6:99 BW 3.17.1.

17. Met name in het kader van de art. 31 (oud) WWV-jurisprudentie wordt daarnaast nog een aantal andere factoren genoemd. Zie nader 3.6.6.

18. Zie resp. 3.6.6 en 3.17.1.

zwaarlijk redengevend worden genoemd voor de invulling van het begrip 'grote schuld',¹⁹ noch ook voor het terzijde laten van lichtere vormen van schuld.²⁰ Daarbij valt te bedenken dat de wetsgeschiedenis noch voor het een, noch voor het ander een begin van steun biedt, al was het maar omdat het probleem bij de totstandkoming van art. 1638x BW niet onder ogen is gezien. Het is ook twijfelachtig of de wetgever, wanneer hij bij de vraag zou hebben stilgestaan, zou hebben geoordeeld als de Hoge Raad thans doet.²¹ Het college lijkt zich daarvan overigens bewust te zijn. Het roept immers ter motivering van zijn oordeel tevens de gewijzigde (maatschappelijke) inzichten aan.

Nu bestaat er vanzelfsprekend geen bezwaar tegen om gewijzigde maatschappelijke inzichten een rol te laten spelen.²² Zeker op de genoemde terreinen valt dat zelfs toe te juichen. Maar juist wanneer een voorschrift door de maatschappelijke ontwikkelingen niet meer aan de eisen van de tijd voldoet, past het om voorzichtig te zijn met het invoeren van de strekking van dat voorschrift ter verklaring van de gegeven beslissing. Het ligt dan meer voor de hand aan te geven *waarom* de gewijzigde inzichten tot de gegeven beslissing voeren.

Zoals gezegd wordt in gevallen van letselschade regelmatig tevens een beroep gedaan op de voorzienbaarheid. Dat argument is in een aantal gevallen sterk(er). Maar het verliest aan betekenis wanneer wordt bedacht dat toepassing ervan in vergelijkbare situaties tot verschillende uitkomsten kan leiden. Alleen al het feit dat de Hoge Raad in een aantal gevallen, soms met aanvulling of wijziging van de feiten, anders oordeelde dan de lagere rechter en de AG geeft aan dat de voorzienbaarheid een kneedbaar en in feite weinig zeggend criterium is.²³

Een blik op enkele arresten kan deze stelling illustreren. In het laadschop-arrest bracht de Hoge Raad ter onderbouwing van de voorzienbaarheid van schade als *feitelijk gegeven* bij de aantrekkingskracht ('attractie' zegt de Hoge Raad) die een laadschop

19. HR 27 juni 1975, NJ 1976, 81 (GJS).

20. HR 9 januari 1987, NJ 1987, 948 (PAS).

21. Zie de noten van Scholten (NJ 1976 blz. 188 l.k.) en Stein (NJ 1987, 948). In NJ 1987, 948 rov 3.2 geeft de Hoge Raad trouwens zelf aan dat de parlementaire geschiedenis veeleer in andere richting wijst.

22. Zie ook Asser-Vranken nr. 150.

23. Zie nader 3.4.10.

op jeugdige kinderen uitoefent.²⁴ In het Natronloog-arrest werd de voorzienbaarheid klaarblijkelijk gemakkelijk aangenomen, terwijl zij toch niet evident was.²⁵ Hoewel strikt genomen niet geplaatst in de sleutel der voorzienbaarheid, is ook het arrest Taams/Boudeling (inzake het onfortuinlijk verlopen noenmaal bij Inter Scaldes) moeilijk te begrijpen.²⁶ Het was alleszins voorzienbaar dat de gedragingen van de uitbater nare gevolgen konden hebben. Wanneer men, in een situatie waarin de spanning al aanzienlijk is opgelopen, iemand die, naar men weet, zeer veel heeft gedronken (nog wel zonder godde grond²⁷) in zijn kraag grijpt, is een handgemeen en hetgeen daaruit voortvloeit een heel wel te verwachten gevolg.²⁸ Andere voorbeelden worden hierna gegeven.²⁹

Ook overigens zijn gevallen aan te wijzen, waarin de door de Hoge Raad ter onderbouwing van de aansprakelijkheid genoemde argumenten niet goed te begrijpen zijn en waarin de beslissing slechts kan worden verklaard door de wens om het slachtoffer te hulp te schieten. Wat kon bijvoorbeeld de bestuurder in het Overstekende ree-arrest³⁰ precies worden verweten? In feite niets, zoals A-G Biegman met juistheid aangeeft.³¹ En wat is het

24. HR 25 september 1981, NJ 1982, 254 (CJHB). Ook in IIR 1 oktober 1993, NJ 1995, 182 (CJHB) worden de feiten door de Hoge Raad aangevuld. De strekking van het overtreden voorschrift wordt bijgebracht en ook het voorschrift alleen Jordens' veiligheidskruiken te gebruiken, waarover zeer kritisch Brunner, noot onder 3. De uitkomst van het Hoge Raad-arrest is ook anders dan die van feitenrechter en advocaat-generaal.

25. HR 8 januari 1982, NJ 1982, 614 (CJHB). Strikt genomen is het de vraag of de voorzienbaarheid in het geding is. Dit lijkt het geval omdat de verplichting om te handelen als in het arrest aangegeven bestond met het oog op het gevaar, dat bezwaarlijk groot kan worden genoemd. Zie over dat arrest ook wnl. A-G Bloembergen voor HR 22 april 1994, NJ 1994, 624 (CJHB).

26. HR 31 maart 1995, RvdW 1995, 83.

27. De 'aangegrepene' bleek immers te hebben betaald.

28. Ook AG Koopmans meent dat het niet aangaat het slachtoffer in de kou te laten staan. Daartoe ontvouwt hij een kunstzinnige – en in onze ogen niet noodzakelijke – redenering die op het resultaat is toegesneden: CRW 1995, 83 onder 11.

29. Zie verder ook 3.12.3.

30. HR 11 november 1983, NJ 1984, 331.

31. Conclusie NJ 1984 blz. 1176 l.k. Met juistheid spreekt zij van error in extrenis, maar om de redenering aanvaardbaar te maken wordt er een voorzienbaarheidssausje overheen gegoten. Dat de redenering zwak is onderkent zij uiteraard ook. Met juistheid geeft ze aan dat de bestuurder 'menselijkerwijs' →

nut van de regel³² dat voor veenbroei moet worden gewaarschuwd, anders dan dat bij het achterwege gebleven zijn van enige waarschuwing aansprakelijkheid kon worden aangenomen?³³ Kort en goed, het lijkt erop dat de genoemde (neven)argumenten besoin de la cause worden genoemd. Naar ons oordeel speelt bij de beslissingen in werkelijkheid een belangrijke rol dat het in de huidige tijd niet langer aanvaardbaar wordt geacht om slachtoffers die letselschade hebben opgelopen met lege handen naar huis te sturen. Dat geldt zeker wanneer de letselschade is ontstaan in het kader van beroeps- of bedrijfsmatige 'activiteiten'. Het zwaartepunt komt dan vaak te liggen bij de combinatie van de overtreden norm en letsel. Vooral bij verkeers- en medische aansprakelijkheid en mogelijk ook bij gevaarstelling en produktaansprakelijkheid zal de schade, naar moderne inzichten, veelal zijn grondslag vinden in de overtreding van verkeers- en veiligheidsnormen.³⁴ Ook in de vestigingsfase lijkt dat een rol te spelen. Tevens verklaart deze omstandigheid waarom, vooral bij verkeers- en medische aansprakelijkheid, een ruime toerekening plaatsvindt.

Al met al moet de rechtspraak ons inziens aldus wordt begrepen dat de omstandigheid dat letselschade in het geding is, soms in combinatie met de omstandigheid dat een verkeers- of veiligheidsnorm is overtreden, bij het uiteindelijke oordeel zeer veel gewicht in de schaal legt. Beslissend is de factor der letselschade evenwel niet. Dat wordt met name duidelijk wanneer de arresten die betrekking hebben op letsel, toegebracht in de particuliere sfeer in ogenschouw worden genomen, hetgeen nader wordt besproken in 4.3.2. Ook buiten de particuliere sfeer vinden slachtoffers met letselschade echter niet altijd de wellicht te verwachten bescherming.

→ geen verwijt kan worden gemaakt', maar het zou niet redelijk zijn de benadeelde met zijn schade te laten zitten (idem r.k.).

32. Het is op zijn minst twijfelachtig of zo'n waarschuwing vader en zoon Daalder van het schor af zou hebben gehouden, in welk verband valt te bedenken dat zij er niets te zoeken hadden en dat het moeilijk toegankelijk was. Vergelijk P-G Tak voor IIR 31 mei 1929, NJ 1929, 1441 (EMM).

33. HR 27 mei 1988, NJ 1989, 29 (G). Met juistheid wijst Van der Grinten erop dat het arrest past bij de 'tendens tot slachtofferbescherming' (noot blz. 88 l.k.).

34. Zie voor een ruim begrip veiligheidsnormen HR 13 januari 1995, RvdW 1995, 31 rov 2.4.1.

In het verkeer worden kinderen beneden de veertien jaar, voorzover zij geen inzittende zijn, adequaat beschermd. Oudere deelnemers aan het verkeer worden dat echter slechts in beperkte mate. En ook bestuurders en inzittenden komen slecht aan hun trekken.³⁵

Werknemers die de dupe worden van een arbeidsongeval vinden in toenemende mate gehoor bij de rechter, maar nog steeds zijn er gevallen waarin zij de poorten van de Kazernestraat of van lagere gerechten gesloten vinden. Te denken valt bijvoorbeeld aan het geval van de werknemer die met een te torsen last via een los staande ladder – die daar kennelijk door de werkgever was geplaatst om te worden gebruikt – een scheepsruim verliet, maar ten val kwam toen de ladder weggleed. Men zou menen dat het onveilig is zo'n niet verankerde ladder, waarvan het gevaar kenbaar is, in een ruim te plaatsen. Maar het pakte anders uit.³⁶ Ook de regel dat een werkgever niet per se maatregelen behoeft te nemen om arbeidsongevallen of beroepsziekten te voorkomen, alsmede de jurisprudentie waaruit blijkt dat aan de werkgever een bepaalde tijd wordt gegund voor het aanbrengen van aanpassingen vanaf het moment dat gevaren bekend zijn geworden (Janssen/Ncfabas),³⁷ geeft aan dat de slachtofferbescherming nog niet sluitend is. Kennelijk verdraagt zich dat met de strekking van art. 7A:1638x BW, zoals deze in de huidige tijd dient te worden verstaan!

Ook overigens blijft de benadcelde bij letselschade, toegebracht in de uitoefening van beroep of bedrijf, soms met zijn schade zitten. Gewezen kan worden op het al een aantal malen kritisch besproken arrest Taams/Boudeling, waarbij hier kan worden volstaan met de kanttekening dat Boudeling handelde in zijn hoedanigheid van herbergier.

35. Zie voor nuancering 3.6.4.8.

36. HR 24 juni 1994, NJ 1995, 137 (PAS). Het arrest mag eens te meer opmerkelijk heten, wanneer wordt bedacht dat in een redelijk vergelijkbaar geval anders werd geoordeeld: HR 22 maart 1991, NJ 1991, 420 en over deze problematiek J. Spier, A&V 1994 blz. 129.

37. HR 6 april 1990, NJ 1990, 573 (PAS). Uit rov 3.4 vloeit voort dat mogelijk is dat voorzieningen redelijkerwijs niet van de werkgever kunnen worden gevraagd. In HR 6 oktober 1995, RvdW 1995, 203 laat de Hoge Raad ook een zekere tijd om tekortkomingen, ten gevolge waarvan anderen letsel zouden kunnen oplopen, te verhelpen. Zie nader 3.5.3.

De arresten 'Taams/Boudeling en de wegglijdende ladder vatten wij op als betreurenswaardige vergissingen, die – zoals het gezegd wil – de regel bevestigen. Dat kan niet worden gezegd van de verkeersjurisprudentie, noch ook van het arrest Janssen/Nefabas. Dit voert tot de slotsom dat letselschade, veroorzaakt buiten de strikt particuliere sfeer, een goede, maar niet *zonder meer* een dragende grond is voor toekenning van schadevergoeding. Aan de factor letselschade komt met name belang toe, maar wederom *niet zonder meer*, wanneer het letsel is veroorzaakt door de overtreding van een verkeers- of veiligheidsnorm.

4.3.2.2 *Veroorzaakt in de zuiver particuliere sfeer*

Zo groot als de consideratie met slachtoffers van letselschade in het algemeen³⁸ is wanneer het letsel is toegebracht buiten de strikt particuliere sfeer, zo beperkt is deze wanneer het letsel daarbinnen is ontstaan. De rechtspraak over aansprakelijkheid in het kader van sport en spel, voor ongelukjes en gevaarstelling veroorzaakt door 'particulieren' spreekt hier boekdelen.

Waar het sport en spel betreft zal de terughoudendheid moeten worden verklaard door de aard der aansprakelijkheid en de verhouding tussen de betrokken partijen. Dit geldt althans voor zover het gaat om de aansprakelijkheid van een deelnemer aan de sport of het spel jegens een andere deelnemer of een toeschouwer. Moet de aansprakelijkheid van een deelnemer jegens een willekeurige passant of de aansprakelijkheid van een niet-deelnemer worden beoordeeld, dan speelt de genoemde factor geen rol. Het komt dan aan op de algemene regels inzake gevaarstelling, waarbij de voorzienbaarheid en de ernst van de te verwachten schade belangrijke factoren zijn.³⁹ Wanneer de schade is toegebracht door een 'particulier' zal dat ook een aansprakelijkheid-beperkende invloed uitoefenen.

Binnen de rubriek 'gevaarstelling', waar de voorzienbaarheid een belangrijke rol speelt, betracht de jurisprudentie duidelijk terughoudendheid bij het aannemen van aansprakelijkheid van particulieren.⁴⁰ Het enkele gevaar is bij particulieren onvol-

38. Zie voor uitzonderingen 4.3.1.

39. Zie nader 3.5.4.

40. Zie verder 3.4.10.

doende om tot aansprakelijkheid te komen als het gevaar zich verwezenlijkt. Er worden duidelijke eisen gesteld aan de ernst van het gevaar.⁴¹ Betrekkelijk gemakkelijk wordt in de particuliere sfeer aangenomen dat er sprake is van een ongelukkige samenloop van omstandigheden en wordt de aansprakelijkheid op die grond afgewezen.⁴²

Duidelijk is hiermee dat letselschade verschillend wordt benaderd al naar gelang de 'hoedanigheid' waarin deze teweeg is gebracht. Dit leidt soms tot bepaalde inconsistenties.

Zo zijn werknemers in beginsel zelf onbeperkt aansprakelijk voor door hen in de uitoefening van hun functie veroorzaakte schade. Aangezien de werkgever voor deze schade eveneens aansprakelijk is, kan dit, zolang de werkgever solvabel is, weinig kwaad (ook niet veel goed, anders dan dat het een voorwaarde is voor aansprakelijkheid van de werkgever).⁴³ Maar werkgevers gaan soms failliet. De werknemer zal de schade dan zelf hebben te dragen, ongeacht de aard daarvan. Mede gezien tegen deze achtergrond is het niet aanstonds bevredigend dat deze zelfde werknemer veelal niet aansprakelijk is voor *letselschade* die hij los van zijn werkkring veroorzaakt. Deze onevenwichtigheid kan op twee manieren worden opgelost. Het meest voor de hand ligt het ons inziens om de persoonlijke aansprakelijkheid te beperken, in verband waarmee ook art. 6:170 BW dient te worden gewijzigd.

4.3.3 Ander persoonlijk 'ongerief'

Niet alleen letsel kan ingrijpende gevolgen hebben. Arrestatie en daaropvolgende in verzekeringstelling kan, gezien de gevolgen die dat kan – en niet zelden zal – hebben voor het sociale leven, ten minste even ernstig zijn. Zeker een detentie voor langere tijd zal langdurig sporen nalaten. De tijd, doorgebracht in bewaring of verzekering, zal nauwelijks als een vakantie worden

41. Zie HR 9 december 1994, RvdW 1994, 271.

42. Bijvoorbeeld HR 20 juni 1986, NJ 1986, 780 en HR 11 december 1987, NJ 1988, 394 (G).

43. Zie art. 6:170 en voor de onderlinge verhouding werkgever/werknemer lid 3.

ervaren. Dat geldt althans als hoofdregel. Voor routiniers ligt dit alles natuurlijk geheel of gedeeltelijk anders.

Personen die zonder grond aan dergelijke kwellingen zijn blootgesteld verdienen eveneens ons mededogen. Maar de Hoge Raad is te hunnen aanzien niet bijster barmhartig, hetgeen trouwens eveneens geldt voor het Straatsburgse Hof.⁴⁴ Het benadrukt in dit verband dat 'there remains great diversity between the laws in European countries providing for compensation in the event of the acquittal of a person held on remand'.⁴⁵

4.3.4 *Economische belangen*

Hoewel zelden als zodanig genoemd lijkt een deel van de rechtspraak verklaard te kunnen worden door het belang dat wordt gehecht aan economische factoren. Dat geldt heel in het bijzonder voor hinder, die slechts in uitzonderingsgevallen tot aansprakelijkheid leidt. Kennelijk mochten vele vormen van hinder, op grond van de economische belangen die ermee zijn verbonden, worden geduld.⁴⁶ Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens maakt van het belang dat toekomt aan deze economische factoren overigens onomwonden melding.⁴⁷

Ook ten aanzien van de milieu-erfenis waarmee wij thans worden geconfronteerd lijkt de relevantie van de economische factoren door te klinken. Zo heet het in het arrest Staat/Shell dat:⁴⁸

'(d)e Staat, die ook spreekt van "erfenisverontreinigingen", heeft (...) aangegeven dat met de sanering van deze gevallen enorme bedragen zijn gemoeid en dat het noodzakelijk is dat het bedrijfsleven "dat de Nederlandse samenleving tot deze erfenis heeft veroorzaakt" (...) daarvan een deel voor zijn rekening neemt. Nog daargelaten dat wat de Staat aanduidt als erfenis waartoe het bedrijfsleven de Nederlandse samenleving heeft veroorzaakt, vanuit een ander gezichtspunt evenzeer kan worden beschreven als de keerzijde van het succes van de naoorlogse industrialisatiepolitiek en de daar-

44. Zie nader 3.9.4.2.2.

45. EHRM 25 augustus 1993, NJ 1994, 1 (Kn) rov 25.

46. Al geldt, vanzelfsprekend, eveneens terughoudendheid bij hinder tussen bureaus.

47. Zie voor nadere gegevens J. Spier, NTBR 1994 blz. 159 c.v.

48. HR 30 september 1994, NJ 1996, 196 C/JHB rov 3.8.1.

uit voor de Nederlandse samenleving voortvloeiende voordelen (...).'

Zoals reeds aangestipt onder 4.3.1 is ook de rechtspraak inzake art. 7A:1638x BW kennelijk ten dele door economische overwegingen geïnspireerd. Anders kan, mede tegen de achtergrond van de slachtoffervriendelijke koers die de Hoge Raad elders en ook in het kader van arbeidsongevallen vaart, moeilijk worden begrepen waarom een werkgever niet zonder meer gehouden is om maatregelen te treffen ter voorkoming van hem bekende gevaren voor zijn werknemers, noch ook waarom hij niet aansprakelijk zou zijn vanaf het tijdstip waarop deze gevaren bekend zijn geworden en dus ook onder zijn aandacht zijn gekomen of hadden moeten komen.

Economische gevolgen lijken niet steeds te worden meegewogen. Zo heeft de Hoge Raad in het DES-arrest zoals eerder bevestigd⁴⁹ en in het Cijssouw-arrest⁵⁰ zeer strenge regels geformuleerd, waarbij de slachtofferbescherming hoog in het vaandel wordt geschreven. Dat deze regels verstrekkende (economische) gevolgen kunnen hebben, is kennelijk geen obstakel geweest.

Op het eerste gezicht is hier sprake van een bepaalde inconsistentie. Onduidelijk is echter of de gevolgen van de in het DES- en Cijssouw-arrest geformuleerde regels de Hoge Raad voldoende voor ogen hebben gestaan. Ten dele had hij ze zelf kunnen bedenken, maar niet valt uit te sluiten dat het heeft geschort aan de juiste voorlichting daaromtrent. Daarbij doelen we niet zozeer op het betrekken van de stelling dat de consequenties verstrekkend zouden kunnen zijn. Dat is eenvoudig en daarmee ook weinig overtuigend. Wil men dat de rechter rekening houdt met te verwachten economische gevolgen, dan mag worden verwacht dat hij een duidelijke, aansprekende en dus onderbouwde uiteenzetting daaromtrent krijgt voorgeschoteld.⁵¹

49. 3.17.1.

50. Hetzelfde kan worden gezegd van IIR 24 december 1994, RvdW 1994, 263 (prospectusaansprakelijkheid). Dit arrest hebben we in dit preadvies buiten beschouwing gelaten omdat de aansprakelijkheid op een specifieke wettelijke bepaling is gebaseerd. Zie nader W.J. Slagter, A&V 1995 blz. 30 e.v.

51. In gelijke zin A.R. Bloembergen, op een van de vele DES-studiedagen, Congresverslag TMA 1994 blz. 19.

4.3.5 Door de collectiviteit te dragen schade

In het zoëven aangehaalde citaat uit het arrest Shell/Staat lijkt besloten te liggen dat de gevolgen van de 'milieu-erfenis' het beste door de gemeenschap kunnen worden gedragen. Zij heeft immers ook de vruchten geplukt van de naoorlogse industrialisatiepolitiek.

Ook bij vernietigde beschikkingen is het, volgens de Hoge Raad, billijker dat de daaruit voortvloeiende schade wordt gedragen door de samenleving dan dat zij voor rekening blijft van individuele benadeelden. Hetzelfde geldt voor *onevenredige schade* die het gevolg is van op zich geoorloofde overheids-handelingen.⁵² Blijkbaar vindt de Hoge Raad echter dat dit anders ligt bij schade ten gevolge van bepaalde vormen van strafvorderlijk optreden, terwijl ook allerlei soorten hinder, bijvoorbeeld ten gevolge van vliegelden, kennelijk niet door de collectiviteit behoeven te worden gedragen maar door de individuen die ermee worden geconfronteerd.

4.3.6 De invloed van verzekeringen

In de recente arresten inzake art. 31 (oud) WWV wordt de nodige nadruk gelegd op het feit dat de aangesprokene verplicht is verzekerd. Elders is de staf over dit argument gebroken, omdat het niet kan verklaren waarom slechts een deel van de verkeersslachtoffers daarvan de vruchten plukt.⁵³

Het verzekeringsargument duikt verder niet op,⁵⁴ al gaan er in de literatuur stemmen op om er in meer algemene zin betekenis aan toe te kennen.⁵⁵

Er is geen grond om het al dan niet verzekerd zijn en met name ook de verzekerbaarheid van bepaalde schades alleen een rol te laten spelen bij het aanvaarden van aansprakelijkheid op gebieden waar zij thans nog niet wordt aangenomen. Het niet of niet

52. 3-9-4-3.

53. Zie nader 3.6.6.

54. HR 5 januari 1968, NJ 1968, 102 (GJS) (Fokker/Vliegtuigvleugel) kan hier buiten beschouwing blijven nu het een contractuele aansprakelijkheid betrof. Vergelijk ook HR 3 april 1987, NJ 1987, 606.

55. Zie, ook voor vindplaatsen, T. Hartlief en R.P.J.L. Tjittes, a.w., blz. 24 e.v.

langer verzekeraar zijn van de aansprakelijkheid op bepaalde terreinen zou ons inziens meer in het algemeen een factor kunnen zijn bij de beoordeling van de (omvang van de) aansprakelijkheid. Mede tegen de achtergrond van de betekenis die de Hoge Raad lijkt toe te kennen aan economische belangen verdient het aanbeveling de factor van de verzekeraarheid in gevallen, waarin deze een rol kan spelen, te benadrukken. Dat zal dan echter wel gemotiveerd moeten worden gedaan!

4.3.7 De rol der voorzienbaarheid

Hiervoor is er al meermalen op gewezen dat de voorzienbaarheid een factor is die met regelmaat door de Hoge Raad naar voren wordt geschoven.⁵⁶ Het gaat hier, zoals door een onzer eerder opgemerkt, om een factor waarvan de werking sterk wordt bepaald door de wijze waarop de beslisser tegen de zaak aankijkt. Hetgeen voor de een voorzienbaar is, behoeft dat voor de ander niet direct te zijn.⁵⁷ Dit elastische karakter maakt het enerzijds een bruikbaar en anderzijds een tamelijk nutteloos criterium. Bruikbaar omdat het, althans in abstracto, de mogelijkheid biedt beslissingen enigermate te voorspellen. Nutteloos nu in een concreet geval nauwelijks valt aan te geven of de vraag naar de voorzienbaarheid in de ogen van de rechter bevestigend zal moeten worden beantwoord. Daarbij zal de aandacht uiteraard steeds gericht zijn op het grijze gebied waar de voorzienbaarheid niet zonder meer duidelijk is. Is de kans op schade aanzienlijk, dan zal al spoedig aansprakelijkheid worden aanvaard. Is de kans op schade daarentegen zeer gering, dan zal zij veelal worden afgewezen.

Het belang dat aan de onderhavige factor wordt gehecht, maakt het lonend om ter afwering van aansprakelijkheid gemotiveerd aan te geven dat en waarom het in het gegeven geval aan voorzienbaarheid schortte. Met name in het kader van beroepsaan-

56. Ook op enkele nog niet eerder in dit hoofdstuk genoemde terreinen speelt zij een rol. Te denken valt aan aansprakelijkheid ter zake van beroepsfouten (3.3.2), leidingschade (3.11.5), strafvorderlijk optreden (3.9.4.2.2) en bestuurders (3.14).

57. 3.4.10.

sprakelijkheid van bijvoorbeeld accountants lijkt zo'n verweer allesbehalve kansloos.

Het zojuist opgemerkte heeft betrekking op de vestigingsfase. Bij de bepaling van de *omvang der aansprakelijkheid* is de rol van de voorzienbaarheid een beperktere. Zij is dan slechts van belang in die gevallen waarin zich niet de combinatie van overtreding van een verkeers- of veiligheidsnorm en letselschade voor doet.⁵⁸

4.3.8 Een consistent bouwwerk?

Het bouwwerk van civielrechtelijke aansprakelijkheid, zoals dat door de Hoge Raad de laatste decennia is opgetrokken, kan in het algemeen aanspraak maken op bewondering. Preadviezen dienen evenwel niet ter bewieroking. Veeleer dienen zij te strekken tot het aangeven van nieuwe verlangens en tot het aandragen van bouwstenen ter verbetering.⁵⁹ Daartoe beperken we ons dan ook verder.

Op een veelheid van terreinen is de Hoge Raad nieuwe wegen ingeslagen om slachtoffers met letselschade te hulp te kunnen schieten. Wij juichen dat toe. Een kritische kanttekening past slechts bij het retroactieve karakter van de jurisprudentie.⁶⁰

In het voorafgaande ligt echter besloten dat slachtoffers, die letsel hebben opgelopen, niet steeds worden beschermd. Dat geldt voor bepaalde slachtoffers van arbeidsongevallen, bepaalde categorieën verkeersslachtoffers en vooral slachtoffers van ongelukken in het kader van sport, spel en andere activiteiten in de particuliere sfeer. Wat de laatste groep gelacideerden betreft kan de lijn in de jurisprudentie worden begrepen indien en voor zover de laedens niet is verzekerd. Is hij dat wel – hetgeen meestal het geval zal zijn – dan bestaat er goede grond om de *benadeelde* te hulp te schieten. Onder 4.5 gaan we daar verder op in.

Waar het slachtoffers van arbeidsongevallen en verkeersongevallen betreft past het in de huidige tijd dezen in beginsel vergoe-

58. Zie nader 3.2.6.

59. Zie ook J. Spier, NTBR 1994 blz. 162 en De maalstroom van het aansprakelijkheidsrecht blz. 31 e.v.

60. Zie ook M.G. Faure en T. Hartlief, Verzekering en de groeiende aansprakelijkheidslast, blz. 22 e.v.

ding van *door hen zelf geleden* letselschade toe te kennen. Er bestaat echter geen aanleiding deze zelfde koers te varen voor gesubrogeerde verzekeraars.

De gevolgen van hinder (snelwegen, fabrieken, vliegvelden etc.) dienen binnen zekere grenzen te worden geduld. Het is echter de vraag of dat dient te geschieden in een mate en op een wijze als thans vanzelfsprekend wordt geacht. Daarbij valt te bedenken dat het veelal de collectiviteit is die profiteert van de activiteiten die de hinder veroorzaken.

Meer consideratie is ook op haar plaats ten opzichte van personen die in voorlopige hechtenis zijn genomen en wier schuld niet kan worden vastgesteld.⁶¹

Het bovenstaande krijgt extra reliëf wanneer wordt bedacht dat bij zaak- of vermogensschade op sommige terreinen nauwelijks beperkingen in de aansprakelijkheid lijken te bestaan. Dat geldt bijvoorbeeld bij leidingschades en vernietigde beschikkingen.⁶²

Ook bepaalde rechtspraak inzake beroepsaansprakelijkheid gaat nogal ver,⁶³ hetgeen een aansporing zou kunnen zijn tot heroverweging.

§ 4.4 Ontwikkelingen in de nabije toekomst

4.4.1 Verwachte feitelijke ontwikkelingen

Op het terrein van de *aansprakelijkheid voor arbeidsongevallen* ligt het vooralsnog niet in de lijn der verwachtingen dat het aantal claims beduidend zal gaan stijgen. Benadeelden en hun advocaten lijken thans nogal beducht voor het entameren van procedures, ook wanneer deze geenszins op voorhand kansloos zijn, zoals bijvoorbeeld geldt voor bouwvakkers die 'door hun rug gaan'.⁶⁴ Wanneer de terughoudendheid om de grenzen van het huidige stelsel te gaan verkennen, vermindert, zou het aantal claims wel eens kunnen toenemen.

61. Daaraan doet niet af dat ook te hunnen opzichte een beroep op eigen schuld, bijvoorbeeld gelegen in het op zich laden van een verdenking, open blijft staan.

62. Zie wat deze laatste categorie betreft voor nuancering §.9.4.2.1.

63. Zie 3.3.3 en 3.3.4.

64. Vergelijk J. Spier, A&V 1993 blz. 37.

Op het terrein van de *beroepsziekten* is van belang dat verwacht mag worden dat de komende jaren in toenemende mate een aantoonbaar verband tussen bepaalde werkzaamheden of arbeidscondities en ziektes kan worden vastgesteld. In het licht van de strenge maatstaven van de huidige jurisprudentie zou het al-lerminst verbazen wanneer dat zou leiden tot een ware claim-explosie. Daarbij valt te bedenken dat bepaalde potentiële gevaren – als RSI en beeldschermen – al geruime tijd bekend zijn, zonder dat werkgevers maatregelen nemen om de nadelige gevolgen daarvan af te wenden. De prijs van de vooruitgang zou hier wel eens erg hoog kunnen zijn.

Beroepsbeoefenaren zijn in toenemende mate doelwit van claims. Er is weinig reden te veronderstellen dat zij in de nabije toekomst gespaard zullen worden. Veeleer ligt het voor de hand dat het aantal en de omvang van de claims zullen stijgen. Daarbij moet met name worden gedacht aan medici en ziekenhuizen,⁶⁵ accountants, advocaten en notarissen. Hoewel zij niet specifiek vallen onder beroepsbeoefening, lijkt aannemelijk dat ook sport-scholen en dergelijke instellingen voorwerp zullen worden van toenemende belangstelling van benadeelden.⁶⁶

De omvang van de aan slachtoffers van *verkeersongevallen* uitgekeerde bedragen is explosief gestegen. Aangenomen mag worden dat de gevolgen van de jurisprudentie van de afgelopen jaren gedeeltelijk nog naijlen, zodat een verdere stijging in de rede ligt. Ten gevolge van toenemende claimbewustheid en stijging van het aantal specialisten op dit terrein lijkt het niet te boud voor de komende jaren uit te gaan van een verdere, zij het ver-moedelijk minder explosieve, stijging.

De ontwikkelingen op het gebied van de *produktaansprakelijkheid* zullen in belangrijke mate worden bepaald door de nieuwe in-zichten van wetenschap en techniek. Aangenomen zal mogen worden dat ook de komende jaren uitvindingen zullen worden gedaan waaruit blijkt dat produkten, die wij thans nog voor veilig houden, gebrekkig zijn en schade berokkenen. Toepassing van

65. Opmerking verdient dat het ziekenhuis ingevolge art. 7:462 BW het 'cen-trale aanspreekpunt' is.

66. Vergelijk T. Hartdief, NJB 1995 blz. 1462.

de risico-aansprakelijkheid van art. 6:185 e.v. BW zal dan al licht tot vergoeding nopen.⁶⁷

Milieu-verontreiniging is geen aflopend proces. Door de overheid is er de laatste jaren op ruime schaal, maar met weinig succes, tegen opgetreden. Het huidig recht biedt ruime mogelijkheden er iets tegen te ondernemen. Volgens Gutwirth en Van Maanen rechtvaardigt dit niet de conclusie 'dat het milieu er thans beter aan toe is of dat de verhoudingen tussen cultuur en natuur op grondige wijze werden gewijzigd, laat staan verbeterd. Integendeel: de indruk bestaat dat de problemen alsmaar groter worden'.⁶⁸ Hun analyse lijkt in zoverre juist dat economische afwijkingen nog steeds meebrengen dat veel wordt gedoogd, niet zelden zelfs uitdrukkelijk aanvaard. Doch zeker in gevallen waarin van zodanige impliciete of expliciete toestemming geen sprake is, zal in steeds toenemende mate tegen vervuilingen worden opgetreden. Reeds daarom zal op dit gebied geen rust heersen. Maar er is meer, waarvan velen zich nog onvoldoende bewust lijken te zijn. De enkele omstandigheid dat bepaalde activiteiten thans worden aanvaard, is geen enkele garantie dat de daardoor veroorzaakte schade niet later zal worden verhaald.⁶⁹ Overheidsbeleid pleegt grillig te zijn. Het zou daarom geenszins verbazen wanneer de komende jaren voor vele bedrijven nog onaangename verrassingen in petto hebben.

Hetgeen op het gebied van de *(on)rechtmatige overheidsdaad* te verwachten is hangt in belangrijke mate af van de wijze waarop de rechtspraak zich verder zal ontwikkelen. Daarvoor verwijzen wij naar 4.4.2. Voor het overige mag worden verondersteld dat de stijgende lijn in de toewijzing van claims tegen de overheid zich zal voortzetten. Daarbij verdient opmerking dat het voor de hand ligt dat geschillen in het licht van art. 8:73 Awb voor een deel bij de administratieve rechter zullen belanden.

Het aantal vorderingen ter zake van *leidingschades* lijkt redelijk beperkt. Onduidelijk is wat daarvan de oorzaak is. De situatie is

67. Een beroep op art. 6:185 onder c BW is in deze gevallen weinig kansrijk, naar ook de buitenlandse jurisprudentie leert. Zie *Onrechtmatige Daad* (Stolker) art. 185 aant. 8 en L. Dommering-van Rongen, *Produktaansprakelijkheid* blz. 221 e.v., in het bijzonder blz. 238/9.

68. In: *De natuur van het milieurecht* blz. 326.

69. Dat is anders bij storting op een legale stortplaats. Zie art. 6:176 lid 5 BW.

ook enigermate verrassend, nu de rechtspraak volop mogelijkheden biedt voor (wellicht zelfs een ruime kring van) benadeelden. Wanneer dit besef doordringt, zou dat zeer wel tot een hausse van claims kunnen leiden.

Het *aansprakelijk stellen van bestuurders* lijkt zich in een toenemende populariteit te mogen verheugen. Er is geen reden om aan te nemen dat benadeelden zich in de toekomst terughoudender op zullen stellen. Veeleer zal het tegendeel gebeuren.

Waar het *afdeling 6.1.10* betreft, behoeft vermoedelijk niet te worden gerekend met wezenlijke veranderingen. Wel is van belang dat de vergoedingen voor immateriële schade nog aanzienlijk kunnen worden verhoogd. Wanneer dat gebeurt, zal dat leiden tot een verzwaring van de aansprakelijkheidslast.

4.4.2 *Verwachte juridische ontwikkelingen*

De *werkgeversaansprakelijkheid* krachtens art. 7A:1638x BW heeft zich ver ontwikkeld. Praktisch gesproken verschilt zij niet veel van een risico-aansprakelijkheid, zij het dan ook dat de rechtspraak in sommige gevallen plotseling een werknemer-onvriendelijke koers vaart.⁷⁰ Mede tegen de achtergrond van de aanvullende bescherming die vooral art. 6:175 BW biedt, is het niet aannemelijk dat een verdere aanscherping zal plaatsvinden, te minder nu het NBW haar niet voorstaat. Wel mag worden aangenomen dat de – vaak moeilijk te begrijpen – afwijzingen van vorderingen, in gevallen waarin de oorzaak van de schade is gelegen in het kennelijk niet optimaal zijn van het productieproces, hun langste tijd hebben gehad.

Werkgevers die 'ineens' worden geconfronteerd met nieuwe inzichten, zijn vaak buiten staat terstond de maatregelen te treffen die nodig zijn om ervoor te zorgen dat de gevaren voor hun werknemers tot het verleden behoren. Wanneer zij op de kortst mogelijke termijn adequate voorzieningen treffen, kan hun voor de tussengelegen periode geen verwijt worden gemaakt van het ontbreken van de noodzakelijke voorzieningen.⁷¹ In het kader van een 'schuldaansprakelijkheid' is dan ook begrijpelijk dat zij

70. Bijvoorbeeld HR 24 juni 1994, NJ 1995, 137 en Ktr Rotterdam 24 februari 1992, A&V 1994, 53 (JS).

71. IIR 6 april 1990, NJ 1990, 573 (PAS).

niet aansprakelijk zijn voor door hun werknemers in die periode opgelopen schade. Toch is dat weinig bevredigend. Het past ook niet goed in de trend om slachtoffers met letselschade te hulp te schieten. Gehoopt mag worden dat het jurisprudentiële tij op dat punt zal keren.⁷²

Het geldend recht op het terrein van de *beroepsaansprakelijkheid* is nog niet erg uitgekristalliseerd. Met name bestaat de nodige onduidelijkheid ten aanzien van de *invulling* van de zorgvuldigheidsmaatstaf. Van groter belang is nog dat onvoldoende klaarheid bestaat over de personen die vorderingen kunnen instellen. Naarmate deze kring ruimer wordt getrokken, kunnen aanzienlijke moeilijkheden voor beroepsbeoefenaren en hun aansprakelijkheidsverzekeraars ontstaan. Op korte termijn – en in elk geval zo lang faillissementen van grote kantoren achterwege blijven – verwachten wij geen wezenlijke verandering van de rechtspraak. Op wat langere termijn zal er waarschijnlijk iets moeten gebeuren om de aansprakelijkheid van beroepsbeoefenaren binnen redelijke grenzen te houden. Dat kan ofwel door wijziging van de jurisprudentie, ofwel door wettelijk ingrijpen, waarbij vooral toepassing van art. 6:110 BW voor de hand ligt. Waar het betreft eventuele jurisprudentiële veranderingen valt te denken aan een beperking van de 'kring der gerechtigden', alsmede aan de mogelijkheid om in het kader van de matiging meer acht te slaan op de verzekeraarbaarheid. In overeenstemming met het recht in de meeste Europese landen zou ook kunnen worden gedacht aan een beperking van de vergoeding van 'pure economic loss'.⁷³ Het zojuist opgemerkte geldt niet voor de *medische aansprakelijkheid*. Op het juridisch vlak behoeft daar de komende jaren weinig schokkends te worden verwacht.⁷⁴

Noch op het gebied der aansprakelijkheid voor *gevaarzetting*, noch op dat ter zake van *sport en spel* voorzien we aanzienlijke veranderingen. Datzelfde geldt voor aansprakelijkheid voor

72. Vergelijk ook 3.2.4.

73. Zie E.K. Banakas, *Tortious liability for pure economic loss: a comparative study* (1989). De stelling is mede gebaseerd op rechtsvergelijkende case studies waar de tweede predadviseur bij betrokken is en die vermoedelijk in de loop van 1996 zullen worden gepubliceerd.

74. Daarbij is ook nog van belang dat er een nieuwe wettelijke regeling bestaat die overigens naar onze mening geen wezenlijke vernieuwing brengt en daarom ook niet uitdrukkelijk is behandeld.

schade ten gevolge van *kabelbreuken* en *ongelukjes*, alsmede voor *aansprakelijkheid op grond van de billijkheid*. Wat gevaarzetting betreft verdient nog opmerking dat het huidige BW, in het bijzonder art. 6:173 en 6:175, de meeste nog niet door de rechtspraak beroerde gevallen bestrijkt.⁷⁵

Op het gebied van de *verkeersaansprakelijkheid* heeft de Hoge Raad gedeeltelijk de taak van de wetgever overgenomen. In het kader van art. 185 (31 oud) WWV heeft hij een enigszins wankel bouwwerk van slachtofferbescherming opgetrokken. Klaarblijkelijk heeft hij enige moeite met het bepalen van zijn koers in de grensgebieden, met name waar het betreft personen rond de leeftijd van veertien jaar. Hoe men ook over zijn jurisprudentie moge denken,⁷⁶ alles wijst erop dat hij verdere oplossingen aan de wetgever endosseert. Wanneer de voortekenen niet bedriegen, dan zou deze, na een lange periode van moeilijk te begrijpen inactiviteit, de komende jaren over kunnen gaan tot het ontwerpen van een wettelijke regeling terzake. Deze zal met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid zijn geënt op verdergaande slachtofferbescherming.

Op het terrein van de *produktaansprakelijkheid* valt niet veel te verwachten, met uitzondering mogelijk van het onderwerp recall. Niet uit te sluiten valt dat de grenzen daarvan zullen worden verkend.

Bij *milieu-aansprakelijkheid* zal het veelal de overheid zijn die tracht de schade te verhalen. De wetgever heeft getracht om haar weg comfortabel te plaveien, vooral door het in de Wet bodembescherming verankerde saneringsbevel. Nu dit aan het privaatrecht is onttrokken, kan het hier blijven rusten. Gegeven de huidige inzichten, de stand van wetenschap en techniek en ten slotte art. 6:173 en 6:175 BW, mag worden verondersteld dat milieuschade, wanneer de privaatrechtelijke weg wordt bewandeld, gemakkelijk op de veroorzaker kan worden verhaald. Daarvan kunnen overigens ook benadeelden die niet tot de overheid behoren, profiteren.

Niet uitgesloten lijkt dat te langen leste⁷⁷ zal worden beproefd

75. Vergelijk C.H.W.M. Sterk, Verhoogd gevaar in het aansprakelijkheidsrecht, blz. 292/3.

76. Zie voor kritische kanttekeningen onder 3.6 en 4.4.8.

77. Een enkele maal is dat al wel geprobeerd, maar de kwestie is nog niet →

om de eigenaar van een perceel, van waar af verontreiniging migreert, aan te spreken. Zou dit mogelijk blijken te zijn, dan komen, ook meer in het algemeen, nicuwe horisonten in beeld. Wanneer de voortekenen niet bedriegen, valt een beduidend verdere uitbreiding van de *overheidsaansprakelijkheid* niet te verwachten. Rekening moet zelfs worden gehouden met een zekere beperking, vooral waar het de problematiek der vernietigde vergunningen betreft.

Onzekerheid is troef inzake de *rechtmatige overheidsdaad*. Ook wanneer aansprakelijkheid terzake uitdrukkelijk zou worden aanvaard – hetgeen de komende jaren zeer wel zou kunnen gebeuren – moeten daarvan geen wonderen worden verwacht. De bestaande rechtspraak geeft grond voor de veronderstelling dat alleen in bijzondere gevallen en bij een betrekkelijk beperkte groep van benadeelden, met vrucht bij de rechter kan worden aangeklopt.

Toch moet op dat terrein rekening worden gehouden met een potentieel niet onbeduidend uitdijen van het aansprakelijkheidsrecht. Het is aannemelijk dat veel schades thans voor eigen rekening worden genomen, omdat de benadeelde en diens advocaat aannemen dat een op rechtmatige overheidsdaad gegronde vordering geen kans van slagen heeft.⁷⁸ Zou deze grondslag uitdrukkelijk worden aanvaard, dan zal dat stellig een aanzuigende werking hebben, zij het mogelijk eerst na verloop van enkele jaren. Welke gevolgen dat zal hebben, is moeilijk te beoordelen, omdat zich aan onze waarneming onttrekt in welke gevallen benadeelden, die onevenredige schade oplopen, thans afzien van het instellen van een vordering.

Hoewel een dergelijke stelling thans door velen nog als onrealistisch zal worden afgedaan, wijzen we er nog op dat rekening moet worden gehouden met de mogelijkheid dat wetten in formele zin onder vuur zullen worden genomen en daartegen niet bestand zullen blijken. Daarbij valt vooral te denken aan aller-

→ aan de Hoge Raad voorgelegd. Zie Rb. Assen 25 februari 1992, Handboek Milieu-aansprakelijkheid nr. 30c (het vonnis is niet geheel duidelijk; bovendien betrof het een nogal bijzonder geval); Hof Leeuwarden 14 december 1994, idem nr. 76; Rb. Groningen 2 april 1993, TMA 1993, blz. 146.

78. Een opvatting die, wat daar verder ook van zij, miskent dat door het opplakken van het onrechtmatigheidsetiket veelal hetzelfde resultaat kan worden bereikt.

hande ingrepen in bestaande rechten, zoals nader uitgewerkt in 3.9.4.1.1. Zo dit al niet het geval zou zijn op grond van art. 6:162 BW, moeten de mogelijke mensenrechtelijke implicaties (als bijvoorbeeld art. 1 Eerste Protocol EVRM) niet worden veronachtzaamd. We spreken de hoop uit dat de rechtsontwikkeling die kant op zal gaan, zodat een einde komt aan het ongerechtvaardigde inbreuk maken op bestaande rechten en gewekte verwachtingen.

Tegen de achtergrond van de economische belangen, waaraan blijkbaar een zwaar gewicht wordt tegekend, is een relevante wijziging van de *hinder*-rechtspraak niet te verwachten.

Bestuurdersaansprakelijkheid zal, naar mag worden gehoopt en verwacht, geen nieuwe impulsen krijgen. We gaan ervan uit dat, wat er zij van het gehanteerde criterium, ook in de nabije toekomst in een concreet geval de nodige terughoudendheid zal worden betracht haar aan te nemen.

Onder 3.19 werd aangegeven dat de consequenties van het AIDS-arrest – dat betrekking heeft op de hoogte van de vergoeding voor *immateriële schade* – nog onvoldoende zijn doorgedrongen. Dat geldt zowel voor benadeelden en hun adviseurs als voor rechterlijke collegies. Het lijkt aannemelijk dat dit in de nabije toekomst zal veranderen. Het is dan ook niet uitgesloten dat de toegekende bedragen, mogelijk zelfs aanzienlijk, zullen stijgen. Voor het overige verwachten we geen relevante veranderingen op het gebied van *afdeling 6.1.10*.

Mocht de komende jaren blijken dat het aansprakelijkheidsrecht op een of meer terreinen zou ontsporen – hetgeen ons, zoals gezegd, niet zou verbazen – dan zal dat vermoedelijk leiden tot toepassing van art. 6:109 BW (*matiging*). Een wijziging van het recht zou dat evenwel niet meebrengen. De bepaling bestaat ook thans, zij het dat er nog weinig gebruik van wordt gemaakt. Kennelijk zijn werkelijk schrijnende gevallen tot dusver nog nauwelijks aan de orde geweest.

Zoals reeds aangestipt in 3.21 heeft de Hoge Raad anticipatie op de matigingsbepaling afgewezen. Dat betekent evenwel niet dat matiging voor schade, die zijn terug te voeren op gebeurtenissen die onder oud recht plaatsvonden, geheel van de baan is. Gaat het om letselschade of schade ten gevolge van overlijden, dan bood het oude recht reeds mogelijkheden. In andere geval-

len kan art. 6:109 BW worden toegepast wanneer de schade na 1 januari 1992 is ontstaan.⁷⁹

§ 4.5 Aanbevelingen en conclusies

4.5.1 Inleiding

Uit hetgeen hiervoor is opgemerkt, vloeit voort dat op een aantal terreinen een reëel gevaar bestaat dat het aansprakelijkheidsrecht in de (nabije) toekomst moeilijkheden zal veroorzaken. Deze moeilijkheden zullen voor een belangrijk deel voortvloeien uit het toegenomen en vermoedelijk verder aanwassend aantal claims. Dat doet de vraag rijzen of het nodig is het recht op de gebieden waar problemen te verwachten zijn te veranderen. Zou men wijziging willen overwegen, dan bestaan verschillende varianten. Men kan morrelen aan de regels die aansprakelijkheid *in het leven roepen (de vestigingsfase)*. Ook is het mogelijk regels te formuleren die de *omvang van de aansprakelijkheid* beperken.

Vooropgesteld moet worden dat het niet aanstonds voor de hand ligt om in beginsel als bevredigend ervaren regels te veranderen, louter en alleen omdat wordt *gevoerd* voor draconische consequenties. Door aldus te handelen zouden benadeelden worden gedupeerd, alleen omdat het stelsel wellicht zou kunnen gaan ontsporen. Dat zou intrinsiek onrechtvaardig zijn.

Anderzijds dient men de put te dempen, voordat het kalf verdronken is. Zou men wachten totdat het aantal of de omvang van de vorderingen onbeheersbaar is geworden, dan kan de daaruit voortvloeiende ellende niet meer worden opgelost. Wel kan men *verdere* ontsporingen tegengaan, maar de daarvoor ontworpen regels regeren geen oude gevallen. Zomin als nieuwe aansprakelijkheden hun schaduwen achteruit behoren te werpen, dienen aansprakelijkheid-opheffende regels dat te doen.⁸⁰

79. Zie voor nadere uitwerking 3.21.

80. Uitbreiding van het aansprakelijkheidsrecht voor oude gevallen zou in strijd zijn met het overgangsrechtelijk stelsel van het huidige BW: Overgangsrecht (Wessels) art. 173. Teloorgaan van vorderingen ter zake van reeds in het leven geroepen aansprakelijkheden is in strijd met art. 69 onder a Ow. Het beginsel van eerbiediging van verkregen rechten dient te worden beschouwd 'tegen de achtergrond van het algemeen beginsel der rechtszekerheid', PG Overgangsrecht blz. 15. Zie verder I.L. van der Beek, Overgangsrecht nieuw Burgerlijk Wetboek, diss. Maastricht 1992 blz. 210/211.

4.5.2 *The devil or the deep blue sea*

Telkens wanneer schade is berokkend, rijst de vraag of deze moet worden gedragen door de benadeelde of de veroorzaker. Het aansprakelijkheidsrecht ontwikkelt zich, binnen en buiten Nederland, steeds meer in de richting van het creëren van aansprakelijkheid. Anders gezegd: de balans slaat in toenemende mate door ten gunste van de benadeelde. Uit het voorafgaande moge volgen dat deze trend ons inziens niet op alle terreinen zonder meer dient te worden doorgezet.⁸¹

De teweegebrachte schade zal niet steeds door de aansprakelijke persoon kunnen worden opgebracht. Dat is altijd zo geweest. Zouden de door ons voorziene ontwikkelingen, vooral op het stuk van de aansprakelijkheid voor beroepsfouten, milieuschade en beroepszichten, zich daadwerkelijk voordoen, dan dreigt het probleem van het niet verhaalbaar zijn van de schade op de aansprakelijke persoon een onheilspellende omvang te krijgen. Dat rechtvaardigt dat wordt nagedacht over de consequenties hiervan en de mogelijke oplossingen van het gesignaleerde probleem. Daarbij valt te bedenken dat moeilijkheden slechts zullen rijzen indien en voor zover de laedens buiten staat is de veroorzaakte schade te vergoeden. Dat is een situatie die zich slechts voordoet in een kleine minderheid van de gevallen. Deze verdienen echter alleszins onze aandacht, al was het maar omdat moet worden gevreesd dat de nabije toekomst ons daarmee op indringende wijze zal confronteren.

Het probleem is in feite onoplosbaar. Ten minste een van de rechtstreeks betrokkenen – benadeelde, aansprakelijke persoon, hun verzekeraars of de samenleving als geheel⁸² – zal de zwarte piet der aansprakelijkheid toegeschoven krijgen. Welke oplossing men ook kiest, dat zal niet veranderen!

Waarop het aankomt is derhalve het kiezen van de minst slechte oplossing. Daarbij moet worden getracht zo weinig mogelijk pijn te veroorzaken⁸³ en de meest rechtvaardige benadering te vin-

81. Met name bij letselschade is er juist wel reden om door te gaan met de steeds verdergaande slachtofferbescherming. Zie 4.5.4.

82. Om het beeld niet onnodig te compliceren laten we afhankelijke derden als klanten, toeleveranciers en dergelijke meer verder buiten beschouwing.

83. Rechtseconomische inzichten kunnen hier een belangrijke rol spelen. Het voert te ver dat hier uit te werken. Zie nader (in het kader van invloed van →

den. Vooral dat laatste is voor een belangrijk deel een kwestie van persoonlijke appreciatie. De inzichten daaromtrent wisselen ook in de tijd.⁸⁴

4.5.3 Mogelijke 'oplossingen'

Met de eerder gemaakte kanttekening dat er geen 'echte oplossingen' bestaan, kan worden gedacht aan het volgende:

- beperking van de aansprakelijkheid *in de vestigingsfase*;
- beperking van de *omvang* der aansprakelijkheid, door:
 - * limitering;
 - * matiging;
 - * bepaalde schadesoorten niet te vergoeden;
- fondsen;
- verplichte verzekeringen;
- first party verzekeringen;
- bijdragen uit de algemene middelen.

Wat de *beperking van de aansprakelijkheid in de vestigingsfase* betreft, werd hiervoor al opgemerkt dat daartoe thans nog weinig grond bestaat. Wel is er alle reden om voorzichtigheid te betrachten bij de verdere uitbouw van aansprakelijkheden. Dat geldt in het bijzonder voor de beroepsaansprakelijkheid. Op het terrein van de produktaansprakelijkheid (als bedoeld in art. 6:185 e.v. BW) heeft Nederland die vrijheid tot terughoudendheid bij de vestiging van de aansprakelijkheid niet, zodat een discussie daarover in ons land zinloos is.

Zouden problemen rijzen op het gebied van bijvoorbeeld beroepsziekten, dan kunnen nieuwe gevallen worden opgelost door wijziging van het recht, hetgeen in casu betekent: van de rechtspraak van de Hoge Raad. Voor oude gevallen brengt dat slechts een oplossing, wanneer de nieuwe jurisprudentie ook daarop wordt toegepast. Dat ligt echter niet direct voor de hand,

→ verzekeringen op de aansprakelijkheid) R. van den Bergh en M. Faure, preadv. Vereniging voor burgerlijk recht 1990 blz. 9 e.v. en M.G. Faure in: Faure en Hartlief, a.w. blz. 285 e.v.

84. Dat mag als een feit van algemene bekendheid worden beschouwd. Trouwens: de in dit preadvies geschetste ontwikkelingen zijn er voor een belangrijk deel een uitvloeisel van.

al is het niet geheel onverdedigbaar. Betoogd zou kunnen worden dat bij het ontwikkelen van de rechtspraak inzake bijvoorbeeld arbeidsongevallen kennelijk verondersteld werd⁸⁵ dat de gevolgen daarvan beheersbaar zouden zijn, hetgeen tot op heden ook daadwerkelijk het geval lijkt te zijn. Zou het aantal beroepsziekten of de daaruit voortvloeiende claims echter in zéér beduidende mate stijgen, dan ontstaat een situatie waaraan de rechter bij de vorming van zijn rechtspraak niet heeft gedacht. Dit zou de toepassing van een nieuwe jurisprudentielijn op oude gevallen kunnen rechtvaardigen.

De consequentie van het, ook voor het verleden, varen van een nieuwe koers, zou zijn dat werknemers die de dupe worden van 'klassieke' arbeidsongevallen zouden worden gecofferd om andere problemen – wellicht bij andere werkgevers – op te lossen. Dat is uiteraard niet zinvol. Dit zou nog kunnen worden ondervangen door verschillende regels te formuleren voor 'klassieke' arbeidsongevallen (als ongelukken met machines etc.) en beroepsziekten. Een dergelijk onderscheid ligt ons inziens echter weinig voor de hand.

In theorie zou ook een andere, meer casuïstische benadering mogelijk zijn. Deze zou erop neerkomen dat de vraag of de werkgever aansprakelijk is (mede) afhangt van het *aantal* benadeelden. Zij ligt alleen daarom al niet voor de hand omdat de voor *individuele* benadeelden geldende regels inzake de *vestiging* van aansprakelijkheid niet behoren af te hangen van deze kwantitatieve factor.⁸⁶ Het zou niet juist zijn een werkgever met bijvoorbeeld 100 zieke werknemers niet, en een met enkele zieken wel aansprakelijk te houden.

Meer sociaas biedt *beperking van de omvang der aansprakelijkheid*. Zowel aan rechterlijke matiging⁸⁷ als aan wettelijke limitering⁸⁸

85. Vermoedelijk is er in het geheel niet over nagedacht. Er was tot dusver geen reden zich om deze problematiek te bekommeren.

86. Duidelijk is dat soortgelijke bezwaren kunnen worden ingebracht tegen rechterlijke matiging. Het verschil is daarin gelegen dat matiging 'slechts' betrekking heeft op de omvang der te betalen schadevergoeding. Vergelijk J.M.M. Maeijer, Matiging van schadevergoeding, blz. 21 e.v.

87. Zie bijvoorbeeld J.M.M. Maeijer, a.w., C.D. van Boeschoten en V.A.D.M. van Haren, preadviezen NJV 1964 en P. Abas, Mon. Nieuw BW A16.

88. Zie met name F.J. de Vries, Wettelijke limitering van aansprakelijkheid, diss. Leiden 1990. Hetgeen hij opmerkt over schade van catastrofale omvang, die →

is in ons land ruim aandacht besteed. Tijdens de NJV-vergadering van 1964 betoonde een ruime meerderheid der aanwezigen zich voorstander van een rechterlijk matigingsrecht,⁸⁹ dat niet tot 'noodtoestand van de schuldenaar' beperkt zou moeten blijven.⁹⁰ Wij menen ook nu nog dat, uitgaande van de juistheid van onze veronderstellingen over de toekomstige ontwikkelingen in aantal en omvang van de claims, het matigingsrecht als geregeld in art. 6:109 BW van belang zou kunnen blijken voor de praktijk.⁹¹

De voor- en nadelen van beide mogelijkheden om de omvang van de aansprakelijkheid te beperken zijn genoegzaam bekend. Hier dient vooral te worden beklemtoond dat aan zowel matiging als limitering aanzienlijke bezwaren kleven wanneer de omvang van de totale schade, op het tijdstip waarop de eerste vorderingen worden ingediend, niet valt vast te stellen. In de meeste gevallen speelt dat gelukkig niet. Veelal is immers door één gebeurtenis schade berokkend en zijn alle benadeelden en daarmee veelal ook de omvang van de schade bekend. Het kan echter ook anders zijn. Zo ontstaat bijvoorbeeld bij beroepsziekten met een incubatietijd pas in de loop der (soms lange) tijd duidelijkheid over het aantal benadeelden en de omvang van hun vorderingen. Het is wellicht mogelijk om in dergelijke gevallen een worst case-scenario te maken en op die basis te reserveren. Een zodanige schatting zal echter al spoedig vrij ver van de werkelijkheid af staan.

De wel geopperde gedachte om met de beslissing over matiging of limitering te wachten totdat alle (of het merendeel der) vorderingen binnen zijn,⁹² is gezien vanuit het oogpunt van gelijke behandeling van slachtoffers onmiskenbaar aantrekkelijk. Maar

→ niet per se door de laedens moet worden gedragen (blz. 52/3 en 68/9) onderschrijven we. Zijn beschouwingen inzake vrije beroepsbeoefenaren (blz. 67/8) niet. Het moge juist zijn dat het faillissement van sommige vrije beroepsbeoefenaren, gezien vanuit maatschappelijk oogpunt, niet bijster bezwaarlijk (en soms zelfs een zegen) zal zijn, de teeloorgang van de goede ware te vermijden.

89. NJB 1964 blz. 738.

90. NJB 1964 blz. 739.

91. Anders: Abas, a.w. blz. 77/8. Hetgeen Abas betoogt is voor de 'doorsnee' gevallen vermoedelijk juist. Doch daarover gaat het hier niet en ten onrechte laat hij de niet-doorsnee gevallen buiten beschouwing.

92. Bijvoorbeeld De Vries, a.w. blz. 201.

de schaduwzijde ervan is dat vele slachtoffers reeds zullen zijn overleden voordat hun vordering is afgewikkeld en dat is een wat hoge prijs die voor gelijkheid zou moeten worden betaald.⁹³ Het is, ook hier, niet mogelijk om een algemeen recept te geven. Van geval tot geval zal, onder afweging van deze en andere relevante factoren, een keuze gemaakt moeten worden. De gekozen oplossing zal zelden aan ieders belangen recht kunnen doen. Dat mag echter geen reden zijn er niet over na te denken, noch ook om noodzakelijke maatregelen achterwege te laten. De wetgever doet dat al te vaak!

Bij limitering doet zich bovendien nog de moeilijkheid voor dat het uiterst lastig is om een voor alle in aanmerking komende gevallen geldende limiet vast te stellen.⁹⁴ Dat wordt niet anders wanneer men ervoor zou kiezen om voor persoons- en zaakschade verschillende bedragen te bepalen.⁹⁵ Deze moeilijk te loochenen complicatie dient er echter niet toe te leiden dat er van af wordt gezien art. 6:110 BW tot leven te roepen. Het is zeker te overwegen om limieten vast te stellen voor de aansprakelijkheid die kan voortvloeien uit bepaalde risico's als beroepsziekten en beroepsfouten van bijvoorbeeld accountants en advocaten. Voor de door art. 6:185 e.v. BW geregeerde produktaansprakelijkheid behoeft niet meer over deze kwestie te worden nagedacht. Wat er zij van de vraag of deze regeling matiging toelaat,⁹⁶ limitering is hier een gepasseerd station. Op van stonde af aan onverstandig te noemen grond(en) heeft het bedrijfsleven, wiens wensen door de wetgever zijn gevolgd,⁹⁷ geopteerd voor het state of the art-verweer in plaats van limitering. In deze context blijkt dat wederom een ondoordachte keuze.

De hoogte van de limiet zou kunnen worden gekoppeld aan omzet, winst, aantal werknemers, verzekeraarbaarheid⁹⁸ of een combi-

93. Vergelijk MvA II, w.o. 19 636 nr. 6 blz. 8.

94. Zie nader 3.21.

95. Dat is in het vervoerrecht niet onbekend. Zie De Vries, a.w. blz. 19 e.v.

96. De Nota n.a.v. EV II, w.o. 19 636 nr. 9 blz. 4 beantwoordt deze vraag bevestigend; anders R.M. Blaauw, in Aansprakelijkheden, NGB lustrum-bundel blz. 7.

97. Vergelijk bijvoorbeeld MvA II, w.o. 19 636 nr. 6 blz. 8/9.

98. Zeer terecht noemt de MvA II Inv. dat 'uiteraard een belangrijk gegeven' (PG boek 6 Inv. blz. 1319).

natie daarvan. Welke maatstaf het meest voor de hand ligt kan niet in abstracto worden beantwoord.⁹⁹

De in art. 6:110 BW verankerde mogelijkheid om specifieke limiteringsregels vast te stellen, moet thans zo worden begrepen dat dergelijke regels slechts gelden voor de toekomst.¹⁰⁰ Het verdient aanbeveling om art. 6:110 BW aldus te wijzigen dat ook voor reeds voorgevallen schades limieten kunnen worden vastgesteld. Slechts op die manier komt immers de bedoeling van de bepaling tot haar recht, te weten het oplossen van probleemgevallen 'waarvoor aanvankelijk enige limitering niet nodig is geoordeeld, maar waar naderhand toch van een behoefte daaraan is gebleken'.¹⁰¹

Behalve in de matiging en de limitering kan de beperking van de omvang van de aansprakelijkheid ook worden gezocht in de keuze om bepaalde schadessoorten niet te vergoeden. Zoals reeds vermeld, gaat ons recht ver met het vergoeden van *pure vermogensschade*.¹⁰² Overwogen zou kunnen worden grote(re) terughoudendheid terzake te betrachten.

Op het eerste gezicht is het aantrekkelijk om ter oplossing van de gesignaleerde problemen *schadefondsen* te introduceren.¹⁰³ Daaraan kleven evenwel vele bezwaren, deels van praktische, deels ook van meer principiële aard. Voorerst moet worden bepaald hoe de schadefondsen moeten worden 'gevuld'. Zelfs wanneer dat zou geschieden door potentiële veroorzakers van aanzienlijke schades, naar rato van de omvang van de van hun kant te verwachten schade aan te slaan – de meest billijke oplossing – is de bepaling van de te betalen bijdragen een slag in de lucht. De bijdrage wordt immers bepaald op basis van toekomstige risico's, waarvan aard en omvang volstrekt ongewis zijn. Zou worden gekozen voor een benadering waarin personen die een zelfde soort risico teweegbrengen ex post moeten bijdragen, dan spreidt dat wel de schade, maar lost het niets op. De bedoelde

99. Datzelfde geldt voor de vraag of, bij ondernemingen, mede acht moet worden geslagen op het concern waartoe de onderneming in kwestie behoort.

100. Zie nader 3.21.

101. MvT Inv., PG boek 6, Inv. blz. 1319.

102. 4.3.4.

103. Zie voor bezwaren daartegen Faure en Hartlief, in: Verzekering en de groeiende aansprakelijkheidslast, a.w. blz. 292 e.v. en dezelfden in Sociaal Recht 1996, blz. 37 e.v.

personen moeten de schade dan immers ten volle betalen, hetgeen nu juist als een probleem wordt ervaren. Zou als oplossing daarvoor de groep die een bijdrage moet leveren veel ruimer worden genomen, dan moeten bedrijven bijdragen die geen schade hebben veroorzaakt. Op grond van het voorgaande achten wij al met al fondsen geen reële oplossing.

Ook van *verplichte verzekeringen* moet als oplossing van de hier aan de orde zijnde problemen niet veel worden verwacht, al was het maar omdat het niet mogelijk en ook onjuist lijkt om verzekeraars tot dekking te *verplichten* van risico's die zij niet wensen te lopen. Zonder zodanige verplichting is deze modaliteit een slag in de lucht.¹⁰⁴ Zeker wanneer het gaat om onvoorspelbare risico's van een potentieel catastrofale omvang, behoeft weinig betoog dat geen redelijk denkend verzekeraar bereid zal zijn om daarvoor ongelimiteerde of zelfs maar zeer beduidende dekkingen te verstrekken. De premie valt immers niet te calculeren. Zelfs als dat anders zou zijn, dan zou dekking slechts sociaas bieden wanneer ofwel op act committed-basis, ofwel op claims made-basis zou worden gedekt met een verplichte inloopdekking. Op de terreinen waarom het hier gaat, zal echter geen verstandig verzekeraar daartoe bereid zijn. Bij dit alles komt nog dat verplichte verzekeringen geen oplossing bieden voor reeds voorgevallen gebeurtenissen/geleden schades.

In essentie kleven dezelfde bezwaren aan '*first party-verzekeringen*'. Nog daargelaten of deze op alle terreinen beschikbaar zijn, ook bij dit type verzekeringen zal de premievaststelling problemen meebrengen. Zo valt op het terrein van de beroepsziekten niet in te zien op basis waarvan de premie zou moeten worden vastgesteld voor zover het gaat om nog niet bekende ziektes. Niet onbegrijpelijk bevelen Faure en Hartlief c.s. dan ook aan voor ten tijde van het afsluiten der verzekering nog onbekende ziektes nu juist *geen* dekking te geven!¹⁰⁵

In bepaalde gevallen zou serieus overwogen kunnen worden – en dat is de laatste hier gesuggereerde oplossing voor de besproken problemen – om schades te betalen uit *de algemene middelen*.

104. Vergelijk de moeilijkheden die in Duitsland zijn ontstaan in verband met de – kort gezegd – verplichte verzekering krachtens het Umwelthaftungsgesetz. Zie Schmidt-Salzer, Kommentar zum Umwelthaftungsrecht, blz. 86g e.v.

105. A.w., blz. 335.

In de huidige tijd, waarin de bodem van de schatkist al jaren zichtbaar is, moet daarvan waarschijnlijk niet al te veel worden verwacht. In samenhang met het onder 4.5.5 verwoorde voorstel zou er echter toch over kunnen worden nagedacht.

4.5.4 De gewenste ontwikkeling op het terrein van de letselschade

De Hoge Raad heeft zich aanzienlijke moeite getroost om slachtoffers, die letsel hebben opgelopen, aan een vergoeding van hun schade te helpen. Met name zijn jurisprudentie inzake art. 31 (oud) WWV, produktaansprakelijkheid, arbeidsongevallen, gevaarzetting en medische aansprakelijkheid trekken hier de aandacht. Ook art. 6:173 en 6:175 BW kunnen op dit punt goede diensten bewijzen. Zoals al eerder aangegeven is van een sluitende slachtofferbescherming in dit opzicht echter nog geen sprake.

Het komt ons voor dat de door de Hoge Raad ingeslagen weg nog verder dient te worden bewandeld. In beginsel zouden slachtoffers die letsel hebben opgelopen hun schade moeten kunnen verhalen op de veroorzaker daarvan. Zeer terecht gaat het college er klaarblijkelijk van uit dat letselschade zo ernstig is, dat het billijk is dat deze in beginsel wordt vergoed. Dit uitgangspunt dient uiteraard nader te worden geconcretiseerd. Hoe ingrijpend letsel ook mag zijn, niet steeds zal er voldoende rechtvaardiging bestaan om de gevolgen daarvan op anderen af te wentelen.

Wanneer letselschade kan worden toegerekend aan activiteiten in het kader van beroep of bedrijf, dan is de rechtvaardiging voor de vergoeding ervan in beginsel gegeven. Dat is zeker het geval voor beroepsziektes, maar onzes inziens tevens voor arbeidsongevallen, zij het met de door de Hoge Raad gegeven uitzondering van bewuste roekeloosheid. Bij beroepsziekten kan een zodanige opstelling leiden tot vrijwel onoverzienbare reeksen claims. De problemen die dat kan meebrengen, mogen echter niet direct een reden zijn om de gedachte dat slachtoffers met letselschade bescherming verdienen, prijs te geven. In 4.5.3 zijn de lijnen geschetst waarlangs de problemen te lijf kunnen worden gegaan.

Bij medische aansprakelijkheid is de situatie een andere. Het is niet redelijk artsen of ziekenhuizen aansprakelijk te houden

voor schade die redelijkerwijs niet kon worden vermeden. Is, zelfs bij het aanleggen van een strenge maatstaf, geen fout gemaakt, dan valt niet in te zien waarom de ontstane letselschade tot aansprakelijkheid zou moeten leiden. Een andere opvatting zou meebrengen dat, wanneer een medische ingreep door toeval of omdat daaraan nu eenmaal bepaalde risico's zijn verbonden, verkeerd afloopt een vergoedingsplicht zou ontstaan. Dat dit niet wenselijk is, behoeft nauwelijks betoog. Dat een medische ingreep niet goed afloopt, behoort tot de risico's des levens, verbonden als deze ingrepen zijn met de huidige stand van wetenschap en techniek.

Verkeersongevallen zouden in beginsel moeten leiden tot aansprakelijkheid voor daardoor veroorzaakte letselschade. Het stelsel zou aldus moeten werken dat niet alleen zwakke weggebruikers, maar ook bestuurders en inzittenden deze schade vergoed krijgen.

De moeilijkste categorie wordt gevormd door in de particuliere sfeer veroorzaakt letsel, waarbij vooral moet worden gedacht aan letsel ten gevolge van ongelukjes en sport en spel. Niet geheel zonder aarzeling pleiten wij hier – met na te noemen beperking – voor het aanvaarden van aansprakelijkheid indien en voor zover deze door verzekering is gedekt. Daarbij realiseren we ons dat de aanzuigende werking van een aansprakelijkheidsverzekering verstrekkend is en dat het door ons bepleite stelsel unfair kan zijn ten opzichte van slachtoffers die geen verzekerde wederpartij treffen. De vergoeding van letselschade is echter een doel van hoger orde. Aan de gemaakte bezwaren komt dan ook onvoldoende gewicht toe. Bovendien moet worden bedacht dat het bij letsel in de particuliere sfeer veelal om betrekkelijk beperkte schadebedragen zal gaan, die in elk geval calculeerbaar zijn. Het is dus mogelijk de hoogte van verzekeringspremies op de te verwachten schades af te stemmen. De kosten worden eens te meer binnen aanvaardbare perken gehouden wanneer gesubrogeerde verzekeraars een regresrecht wordt ontzegd. Noch hier, noch op de andere terreinen waarop de slachtofferbescherming naar onze mening dient te worden uitgebreid, behoren verzekeraars te worden gesubrogeerd in zieligheid.

Is élk ongeluk in de particuliere sfeer grond voor vergoeding van letselschade? Dat zou te ver voeren. De laedens moet *iets* kunnen worden verweten. Daarbij mag een zéér strenge maatstaf worden

aangelegd. Dat doende vallen bepaalde schades buiten de vergoedingsboot. Wanneer twee personen bijvoorbeeld gezamenlijk een bergwandeling maken¹⁰⁶ en een hunner glijdt uit, ten gevolge waarvan de ander in een ravijn belandt, dan valt niet in te zien wat degene die is uitgegleden kan worden verweten. Hij is dan ook niet aansprakelijk voor de ontstane schade. In het uit de jurisprudentie bekende geval van de achteruitstappende persoon bij de bushalte, die daardoor een oudere dame omverloopt, is twijfel mogelijk. Wij zijn geneigd te menen dat dan wel van *enig* verwijt sprake is.

In die gevallen waarin bij letsel aansprakelijkheid buiten 'schuld' wordt aanvaard – zoals bij verkeers- en arbeidsongevallen – kan men zich afvragen of de benadeelde aanspraak moet kunnen maken op vergoeding van immateriële schade. Mede om de kosten binnen redelijke perken te houden, beantwoorden wij die vraag in beginsel ontkennend. Om dezelfde reden is de door ons voorgestane regel omtrent de aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt in de particuliere sfeer beperkt tot letselschade en behoeft deze niet te gelden voor zaakschade.

4.5.5 Door de overheid verstrekte verzekeringen

Aan het slot van 4.5.3 is er al op gewezen dat zou kunnen worden overwogen bepaalde probleemgevallen op te lossen met behulp van de algemene middelen. Wij wijzen er met nadruk op dat deze mogelijkheid pas in zicht behoort te komen op het moment dat de toename in aantal en omvang van de claims op bepaalde terreinen voor onoplosbare problemen zorgt. Er moet dan allereerst sprake zijn van schades van een zodanige omvang dat het enerzijds voor de aansprakelijke persoon niet mogelijk is deze te dragen, terwijl het anderzijds onbillijk zou zijn de benadeelde zijn schade niet te vergoeden. Daarnaast moet het stadium zijn bereikt, waarin de desbetreffende schades niet, of niet tegen een redelijke premie, verzekerd zijn. Ware dat anders, dan is er voor benadeelde en aansprakelijke niets aan de hand. Daarbij moet overigens worden bedacht dat calamiteuze schades voor verzekeraars wel problemen kunnen veroorzaken.

In gevallen als hier geschetst, van hoge schades en het ontbreken

106. We veronderstellen de toepasselijkheid van Nederlands recht.

van adequate verzekeringsdekking, geldt nog steeds dat het, wanneer aan de voorwaarden voor aansprakelijkheid is voldaan, wenselijk is dat de benadeelde zijn schade vergoed krijgt. In de eerste plaats omdat de regel die aansprakelijkheid in het leven roept uitgaat van de wenselijkheid van een zodanige vergoeding. In de tweede plaats omdat schade die niet wordt vergoed niet zelden in enig opzicht ten laste van de algemene middelen komt. Dat kan zijn omdat de benadeelde aanspraak maakt op enigerlei uitkering, of omdat hij – indien de benadeelde een bedrijf is – in financiële moeilijkheden komt. Dat zal al spoedig leiden tot bezuinigingen, ontslagen enz. met alle voorzienbare gevolgen van dien.

Ook wanneer een megaschade wel keurig door de aansprakelijke persoon wordt vergoed, kan dat de zojuist geschetste effecten hebben. De uiterste consequentie van aansprakelijkheid is immers dat de aansprakelijke persoon failliet gaat. Daarmee zou een einde komen aan een door de maatschappij als nuttig ervaren activiteit. Dat is niet wenselijk. De maatschappij als geheel is er immers mee gebaat dat door haar als nuttig ervaren zaken worden vervaardigd en diensten worden verricht, ook wanneer daaraan (soms aanzienlijke, maar aanvaarde) risico's kleven. Men zou kunnen tegenwerpen dat een activiteit die schade berokkent, heeft bewezen niet nuttig te zijn, maar een dergelijke redenering is zo ongenueanceerd dat zij zichzelf – zonder nadere toelichting – veroordeelt.

In dergelijke gevallen is er veel voor te zeggen dat de overheid verzekeringsdekkingen verstrekt boven hetgeen redelijkerwijs¹⁰⁷ bij de 'gewone' verzekeraars kan worden verzekerd.¹⁰⁸ De voordelen daarvan zijn evident. De door het aansprakelijkheidsrecht nagestreefde vergoedingen worden daadwerkelijk betaald. Noch de benadeelde, noch de aansprakelijke behoeft een beroep te doen op de algemene middelen. En de overheid ontvangt premies voor het door haar gelopen risico.

Deze benadering lijkt ideaal. Ook zij kent echter de nodige bezwaren. Het probleem hoe de premies moeten worden gecalculeerd blijft ook hier bestaan. Wel weegt het iets minder zwaar,

107. Terecht heeft J.H. Nieuwenhuis erop gewezen dat dit een vaag begrip is dat nadere invulling behoeft: *NJB* 1995 blz. 1390.

108. Zie ook J. Spier, in: dezelfde (red.), *The limits of Liability* blz. 119 e.v.

omdat het onwaarschijnlijk moet worden geacht dat zich op dezelfde momenten verschillende calamiteiten voordoen. Als de facto monopolist (we gingen er immers van uit dat de dekkingen elders niet voorhanden waren) kan de overheid tekorten door toekomstige premieverhogingen wegwerken.

Ook in deze benadering verdient het de voorkeur om een limiet te stellen aan de te betalen schadevergoeding. Omdat de Nederlandse Staat hier optreedt als verzekeraar is er bovendien veel voor te zeggen alleen hier te lande geleden schade te dekken. Bezien zou moeten worden of dekking ook wordt gegeven (eventueel met een, vrij zeker illusoir, verhaalsrecht) in geval van opzet of grove schuld.

Het summierlijk geschetste stelsel biedt geen oplossing voor deelnemers aan het rechtsverkeer die zich niet willen verzekeren. Men zou dat desgewenst kunnen ondervangen door de aanvullende verzekering verplicht te stellen. Dat laatste zou overigens niet nodig zijn, wanneer de potentieel aansprakelijke redelijkerwijs kan worden geacht zeer substantiële schade zelf te betalen, bijvoorbeeld omdat hij deel uitmaakt van een groot concern.

4.5.6 Nadere bezinning nodig

In dit preadvies wordt een – zij het gelukkig niet over de gehele linie – vrij somber beeld geschetst voor de toekomst. Er zijn veel aanwijzingen dat het aansprakelijkheidsrecht en vooral ook de claim-bereidheid op drift zijn geraakt en dat deze tendens zich bovendien, zeker op bepaalde terreinen, zal voortzetten. Dat maakt het onverantwoord om rustig af te wachten tot de apocalyps zich voltrekt. Bezinning op de toekomst, zowel in nationaal als in internationaal verband, is hard nodig.

Hier ligt een taak voor de wetenschap, voor de wetgever en voor de rechter. Omdat moet worden gevreesd dat de wetgever zal volharden bij zijn gebruikelijke inactiviteit, zal het werk gedaan moeten worden door de rechter, waarbij de doctrine behulpzaam kan zijn.

Rechters zijn afhankelijk van voorlichting. Wanneer zich *daadwerkelijk* moeilijkheden voordoen, of wanneer deze dreigen, dan dienen partijen daarop gemotiveerd te wijzen. Verwacht mag dan vervolgens worden dat de rechter zich daaraan iets gelegen

laat liggen. Gehoopt mag voorts worden dat hij voorzichtigheid zal betrachten bij het ontwikkelen van nieuwe regels die het aansprakelijkheidsrecht verder doen uitdijen.

Vranken heeft kort de kern geraakt van het thema van dit preadvies en van het werk dat nog moet worden gedaan. Aan hem het laatste woord:

'Meer in het algemeen is de groei van aansprakelijkheden zonder verzekeringen niet voorstelbaar. Wel begint inmiddels het plafond in zicht te komen, omdat de schade dermate omvangrijk kan zijn dat niet te verwachten is dat zij geheel door verzekeringen gedekt kan worden. Hoe diep mag de kloof worden om nog maatschappelijk aanvaardbaar te zijn? De vraag dwingt tot een heroriëntatie op de verhouding van aansprakelijkheid en verzekering en in het verlengde hiervan op de doelstellingen van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht waartoe behalve de bescherming van gelaedeerden ook de kostenallocatie en de preventie behoren.

Andere relevante gezichtspunten bij de beslissing of afgeweken mag worden van het beginsel van proportionaliteit zijn het maatschappelijk nut van de schadeveroorzakende handeling, (...) alsmede (...) de mogelijkheid en wenselijkheid om op de een of andere manier tot collectivering over te gaan.'¹⁰⁹

¹⁰⁹. J.B.M. Vranken, NJB 1995 blz. 1402.